

سجل فهرست الجزء الثاني

من بداية الجهد ونهاية المقصد للإمام ابن رشد

مصحفة	مصحفة
المسئلة الثالثة في حكم غيبة الأب عن ابنته البكر	٢ كتاب النكاح وفيه خمسة أبواب
الموضع الرابع في عضل الاولياء	الباب الأول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل
١٠ الفصل الثاني في الشهادة	المسئلة الاولى في حكم النكاح
١١ الفصل الثالث في الصداق وفيه مواضع	المسئلة الثانية في خطبة النكاح
الموضع الأول في حكمه وأركانها وفيه أربع مسائل	المسئلة الثالثة في حكم الخطبة على الخطبة
المسئلة الاولى في حكمه	٣ المسئلة الرابعة في حكم النظر الى الخطوبة
المسئلة الثانية في قدره	الباب الثاني في موجبات صحة النكاح
١٣ المسئلة الثالثة في جنسه	و ينقسم الى ثلاثة أركان
١٤ الموضع الثاني في تقرير جيعه للزوجة	الركن الأول في الكيفية والنظر فيه في مواضع
١٥ الموضع الثالث في تشطيره	الموضع الأول الاذن في النكاح
١٦ الموضع الرابع في التفويض وفيه مستلثان	الموضع الثاني فحين المعتبر قبوله في صحة العقد
المسئلة الاولى فيها اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق	٥ الموضع الثالث هل يجوز عند النكاح على الخيار أم لا
١٧ المسئلة الثانية فيها اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق	الركن الثاني في شروط العقد وفيه فصول
الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة وفيه خمس مسائل	٦ الفصل الأول في الأولياء والنظر فيه في أربع مواضع
المسئلة الاولى فيها اذا كان الصداق خراخ	الموضع الأول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا
المسئلة الثانية فيها اذا اقترن بالمهر بيع	٨ الموضع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
المسئلة الثالثة فيها اذا اشترط في الصداق حياء الأب	الموضع الثالث في أصناف الولاية عند القائلين بها
١٨ المسئلة الرابعة في الصداق يستحق أو يوجد به عيب	٩ مطلب في سبب اختلافهم في الجدة وفيه مسائل
المسئلة الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق	المسئلة الاولى في حكم الاعداء مع الاقرب
الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق	المسئلة الثانية في غياب الولي الاقرب

صفحة	صفحة
الفصل السادس في موانع الجمع	٢٠ الركن الثالث في معرفة محل العقد وفيه أربعة عشر فصلا
٢٦ الفصل السابع في موانع الرق	الفصل الأول في موانع النسب
٢٧ الفصل الثامن في موانع الكفر	الفصل الثاني في موانع المصاهرة وفيه أربع مسائل
٢٨ الفصل التاسع في موانع الاحرام	المسئلة الاولى في بنت الزوجة
الفصل العاشر في موانع المرض	٢١ المسئلة الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة
٢٩ الفصل الحادي عشر في موانع العدة	المسئلة الثالثة في حكم الام المعقود على بنتها
الفصل الثاني عشر في موانع الزوجية وفيه مستثان	المسئلة الرابعة في ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا
٣٠ المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان	الفصل الثالث في موانع الرضاع وفيه تسعة مسائل
المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر	٢٢ المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن
الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح وفيه أربعة فصول	المسئلة الثانية في رضاع الكبير
٣١ الفصل الأول في خيار العيوب	٢٣ المسئلة الثالثة في المولود يقطع قبل الحولين ثم أرضعته امرأة
الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصدائق والنفقة	المسئلة الرابعة في حكم ما يصل الى الخلق من غير رضاع
٣٢ الفصل الثالث في خيار الفقد	المسئلة الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره
الفصل الرابع في خيار العتق	المسئلة السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الخلق أم لا
٣٣ الباب الرابع في حقوق الزوجية	المسئلة السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أب للرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٣٥ الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها	٢٤ المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع
مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة الأول منها نكاح الشغار	المسئلة التاسعة في صفة الرضاع
الثاني نكاح المتعة	الفصل الرابع في موانع الزنا
الثالث نكاح الخطبة على الخطبة	٢٥ الفصل الخامس في موانع العدة
٣٦ الرابع نكاح المحلل	
مطلب في الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع	

صحيفة

صحيفة

مطلب في حكم الانكحة الفاسدة
اذا وقعت

٣٧ (كتاب الطلاق) وينصرف في أربع جل
الجملة الاولى في أنواع الطلاق وفيه خمسة
أبواب

الباب الأول في ان الطلاق بائن ورجعي وفيه
ثلاث مسائل

المسئلة الاولى في حكم الطلاق بلفظ الثلاث
المسئلة الثانية في اعتبار نقص عند الطلاق
البائن بالرق

المسئلة الثالثة في كون الرق مؤثرا في نقصان
عدد الطلاق

الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من
البدعي وفيه ثلاث مواضع

٣٩ الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها
طلاقا في العدة

الموضع الثاني هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق
للسنة أم لا

الموضع الثالث في حكم من طلق وقت
الحيض وفي هذا الموضع أربع مسائل

المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا

٤٠ المسئلة الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة
أم يؤمر فقط

المسئلة الثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار
أو الندب

المسئلة الرابعة متى يقع الاجبار
الباب الثالث في الخلع وفيه أربعة فصول

الفصل الأول في جواز وقوعه
٤١ الفصل الثاني في شروط جوازه وقوعه وفيه

أربع مسائل

المسئلة الاولى في مقدار ما يجوز ان تختلعه به
المسئلة الثانية في صفة العوض

المسئلة الثالثة فيما يرجع الى الحال التي يجوز
فيها الخلع من التي لا يجوز

المسئلة الرابعة فيمن يجوز له الخلع ومن
لا يجوز له

٤٢ الفصل الثالث في نوع الخلع أعني هل هو
طلاق أو فسخ

الفصل الرابع فيما يلحق الخلع من الاحكام
٤٣ الباب الرابع في تمييز الطلاق من الخلع

الباب الخامس في التخيير والتحكيم
٤٤ الجملة الثانية في أركان الطلاق وفي هذه الجملة

ثلاث أبواب
الباب الأول في ألفاظ الطلاق وشروطه

وفيه فصلان
الفصل الأول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

٤٥ مطلب فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ
الطلاق ففيه مستلثان

المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعي
وأبو حنيفة عليها

المسئلة الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية
اختلافهم

٤٦ الفصل الثاني في أنواع ألفاظ الطلاق
المقيدة

٤٩ الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه
من لا يجوز

٥٠ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من
النساء ومن لا يتعلق

مصحفة	مصحفة
المسئلة السادسة هل يطلق القاضى اذا أبى النىء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق	٥١ الجلة الثالثة فى الرجعة بعد الطلاق وفى هذه الجلة بابان
٦٢ المسئلة السابعة هل يشكر الالباء اذا طلقها ثم راجعها	الباب الأول فى أحكام الرجعة فى العلاق الرجعى
المسئلة الثامنة هل تلزم الزوجة للمولى منها عدة أو ليس تلزمها	٥٢ الباب الثانى فى أحكام الارتياع فى الطلاق البائن
المسئلة التاسعة وأما إلباء العبد	٥٣ الجلة الرابعة فى أحكام المطلقات وفيها بابان
المسئلة العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطلق فى العدة أم لا	الباب الأول فى العدة وفيه فصلان
٦٣ كتاب الظهار وفيه سبعة فصول	الفصل الأول فى عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
الفصل الأول فى لفظ الظهار	النوع الأول فى معرفة العدة
الفصل الثانى فى شروط وجوب الكفارة	٥٦ مطلب وأما الزوجات غير الحرائر (١)
٦٥ الفصل الثالث فمين يصح فيه الظهار	٥٧ النوع الثانى فى معرفة أحكام العدد
٦٦ الفصل الرابع فى ما يحرم على المظاهر	٥٨ مطلب فى الكلام على عدة الموت
الفصل الخامس هل يشكر الظهار بشكر	مطلب فى الحامل يتوفى عنها زوجها
النكاح	٥٩ الباب الثانى فى المتعة
الفصل السادس هل يدخل الإلباء عليه	باب فى بحث الحكمين
٦٧ الفصل السابع فى أحكام كفارة الظهار	٦٠ (كتاب الإلباء وفيه عشرة مسائل)
٦٩ (كتاب اللعان ويشغل على خمسة فصول)	المسئلة الأولى فى اختلافهم هل تطلق المرأة باهتضاء الأربعة أشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا
٧٠ الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها	٦١ المسئلة الثانية فى اليمين التى يكون بها الإلباء
٧١ الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين	المسئلة الثالثة فى حقوق حكم الإلباء للزوج اذا ترك الوطء
٧٢ الفصل الثالث فى صفة اللعان	المسئلة الرابعة فى مدة الإلباء
الفصل الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه	المسئلة الخامسة فى الطلاق الذى يقع بالإلباء
٧٣ الفصل الخامس فى الأحكام اللازمة لتمام اللعان	(١) هذا المطلب هو الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين الذى جعله المؤلف أحد فصول الباب الأول من الجلة الرابعة
٧٤ (كتاب الاحداد)	

صحيفة

٧٥ (كتاب البيوع وينقسم الى ستة أجزاء)

الجزء الأول في تعريف أنواع البيوع

المطلقة

الجزء الثاني في تعريف أسباب الفساد

العامة في البيوع المطلقة وفيه أبواب

٧٦ الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع

وأما ما حرم بيعه وليس بنجس

٧٧ الباب الثاني في بيع الربا ويختصر

في أربعة فصول

الفصل الأول في معرفة الأشياء التي لا يجوز

فيها التفاضل ولا النساء

٨٠ الفصل الثاني في معرفة الأشياء التي يجوز

فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

الفصل الثالث في معرفة ما يجوز فيه

الأمران جميعا

٨١ الفصل الرابع في معرفة ما يعصفا واحدا

بما لا يعصفا واحدا

٨٢ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف

الواحد من اللحم

مسألة واختلفوا من هذا الباب في بيع

الحيوان بالمت

٨٣ مسألة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع

الدقيق بالخطة مثلا بمثل

٨٤ فصل وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب

بجنسه من اليابس الخ

٨٥ باب في بيع الفرائع الربوية

مسألة في بيع الشيء بمن ثم تشتره بأكثر منه

٨٧ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة

فصول

صحيفة

الفصل الأول فيها يشترط فيه القبض من

المبيعات

٨٨ الفصل الثاني في المبيعات التي يشترط في

بيعها القبض من التي لا يشترط

الفصل الثالث في الفرق بين ما يباع من

الطعام مكيلا وجزا

٨٩ الباب الثالث في البيوع المنهى عنها من

قبل الغبن الذي سببه الغرر

٩٤ فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا

الباب المختلف فيها ففيها مسائل

٩٦ الباب الرابع في بيع الشروط الثنيا

١٠٠ الباب الخامس في البيوع المنهى عنها

من أجل الضرر والغبن

فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن

تلقى الركان للبيع الخ

١٠١ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع

الحاضر للبادي

فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن

النجس الخ

١٠٢ الباب السادس في النهي من قبل وقت

العبادات

١٠٣ القسم الثاني في الأسباب والشروط

المصححة للبيع وفيه ثلاثة أبواب

الباب الأول في العقد وفيه أركان

١٠٤ الركن الأول في صيغ العقد

الركن الثاني في العقود عليه

الركن الثالث في العاقلين

١٠٥ القسم الثالث القول في الأحكام العامة

لبيوع الصحيحة وفيه أربع جمل

- الجملة الأولى في أحكام وجود العيب
في المبيعات وفيها بابان
الباب الأول في أحكام العيوب في البيع
المطلق وفيه خمسة فصول
الفصل الأول في معرفة العقود التي يجب
فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب
ذلك فيها
الفصل الثاني في معرفة العيوب التي
توجب الحكم وما شرطها الموجب
للحكم فيها وفي هذا الفصل نظران
النظر الأول في العيوب التي توجب
الحكم
١٠٦ النظر الثاني في الشرط الموجبه
١٠٧ الفصل الثالث في معرفة حكم العيب
الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
١٠٨ فصل واذا قد قلنا ان المشتري الخ
مطلب وأما المسئلة الثانية في رجلين
يتنازعان شيئاً واحداً الخ
١٠٩ الفصل الرابع في معرفة أصناف
التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
باب في طروء النقصان
١١١ الفصل الخامس في القضاء في هذا الحكم
عند اختلاف المتبايعين
الباب الثاني في بيع البراءة
١١٣ القول في الجوائح وينحصر في أربعة
فصول
الفصل الأول في معرفة الأسباب الفاعلة
للجوائح
١١٤ الفصل الثاني في محل الجوائح من المبيعات
- الفصل الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه
١١٥ الجملة الثالثة في تابعات المبيعات وفيه
مستلثان
المسئلة الأولى في بيع النخل وفيها الثمر
المسئلة الثانية في بيع مال العبد
١١٦ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين
١١٧ القسم الرابع من النظر المشترك
في البيوع النظر في حكم البيع الفاسد
اذا وقع
١١٨ (كتاب الصرف وفيه مسائل)
المسئلة الأولى في بيع الذهب بالذهب
وحكمه
١١٩ المسئلة الثانية في السيف والمصحف الخ
يباع بالفضة
المسئلة الثالثة في شرط الصرف
١٢٠ المسئلة الرابعة فيمن اصطف دراهم
بدنانير الخ
المسئلة الخامسة أجمع العلماء على أن
المراطلة جائزة في الذهب الخ
١٢١ المسئلة السادسة في الرجلين يكون
لاحدهما على الآخر دنانير ولا خر عليه
دراهم
١٢٢ المسئلة السابعة في البيع والصرف
في منهب مالك
(كتاب السلم وفيه ثلاثة أبواب)
الباب الأول في محله وشرطه
مطلب وأما شرطه فتم اجماع عليها ومنها
مختلف فيها

- ١١٥ الجملة الثالثة في تابعات المبيعات وفيه
مستلثان
المسئلة الأولى في بيع النخل وفيها الثمر
المسئلة الثانية في بيع مال العبد
١١٦ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين
١١٧ القسم الرابع من النظر المشترك
في البيوع النظر في حكم البيع الفاسد
اذا وقع
١١٨ (كتاب الصرف وفيه مسائل)
المسئلة الأولى في بيع الذهب بالذهب
وحكمه
١١٩ المسئلة الثانية في السيف والمصحف الخ
يباع بالفضة
المسئلة الثالثة في شرط الصرف
١٢٠ المسئلة الرابعة فيمن اصطف دراهم
بدنانير الخ
المسئلة الخامسة أجمع العلماء على أن
المراطلة جائزة في الذهب الخ
١٢١ المسئلة السادسة في الرجلين يكون
لاحدهما على الآخر دنانير ولا خر عليه
دراهم
١٢٢ المسئلة السابعة في البيع والصرف
في منهب مالك
(كتاب السلم وفيه ثلاثة أبواب)
الباب الأول في محله وشرطه
مطلب وأما شرطه فتم اجماع عليها ومنها
مختلف فيها

مصحفة	مصحفة
١٩٧ (كتاب الهبات)	١٧٠ الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم
١٩٩ القول في أنواع الهبات	في الرد والاجازة
٢٠٠ القول في أحكام الهبات	١٧١ (كتاب التغليس)
٢٠١ (كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين)	١٧٧ (كتاب الصلح)
القسم الاول النظر في الاركان	١٧٨ (كتاب الكفالة)
الركن الاول الموصى	١٨٠ (كتاب الحوالة)
٢٠٢ القول في الموصى به	١٨٢ (كتاب الوكالة وفيها ثلاثة أبواب)
٢٠٣ القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية	الباب الاول في أركانها
القول في الاحكام وهو القسم الثانى	الركن الاول في الموكل
٢٠٤ (كتاب الفرائض)	الركن الثانى في الوكيل وشروطه
٢٠٥ مطلب في ميراث الصلب	الركن الثالث فيها فيه التوكيل
٢٠٦ مطلب في ميراث الزوجات	الركن الرابع في معنى الوكالة
مطلب في ميراث الاب والام	الباب الثانى في أحكام الوكالة
٢٠٧ مطلب في ميراث الاخوة للام	١٧٣ الباب الثالث في مخالفة الموكل للوكيل
٢٠٨ مطلب في ميراث الاخوة للاب والام	١٨٤ (كتاب اللقطة والنظر فيه في جلتين)
أولاد	الجلد الاولى في أركانها
٢٠٩ مطلب في ميراث الجد	الجلد الثانية في أحكامها
٢١١ مطلب في ميراث الجدات	١٨٧ باب في اللقيط والنظر في أحكام الالتقاط
٢١٢ باب في الحجب	والملتقط
٢١٨ باب في الولاء وفيه مسائل مشهورة	(كتاب الوديعة)
المسئلة الاولى في ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه	١٨٦ (كتاب العارية)
المسئلة الثانية فمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه ولا	١٩٠ (كتاب الغصب وفيه بابان)
٢١٩ المسئلة الثالثة فيما اذا قال السيد لعبده أنت مائة	الاولى في الضمان وفيه ثلاثة أركان
المسئلة الرابعة في العبد المسلم اذا أعتقه النصرانى	١١١ الركن الاول في بيان الموجب للضمان
	الركن الثانى فيما يجب فيه الضمان
	الركن الثالث في الواجب في الغصب
	والواجب على الغصب
	الباب الثانى في الطوارئ على المنصوب
	١٩٦ (كتاب الاستحقاق وأحكامه)

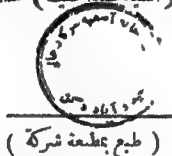
مصحفة	مصحفة
الجنس الخامس في أحكام تبويض التدبير	المسئلة الخامسة في ان النساء ليس لمن
(كتاب أمهات الاولاد وفيه مسائل) ٢٢٧	مداخل في وراثته الولاء الامن باشرن عتقه
(كتاب الجنائيات) ٢٣٨	بأنفسهن
(كتاب القصاص وينقسم الى قسمين)	٢٢٠ مطالب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
القسم الاول القصاص في النفوس	(كتاب العتق) ٢٢١
٢٣٩ القول في شروط القاتل	(كتاب الكتابة) ٢٢٦
٢٤٢ القول في الموجب	القول في مسائل العقد
٢٤٤ القول في القصاص	٢٢٨ القول في المكاتب وفيه خمسة أجناس
(كتاب الجراح)	٢٢٩ الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
القول في الجراح	الجنس الثاني متى رقب المكاتب
٢٤٥ القول في المجروح	٢٣٠ الجنس الثالث في حكم المكاتب اذا مات
القول في الجرح	قبل أن يؤدي الكتابة
٢٤٦ مطلب متى يستقدم الجرح	٢٣١ الجنس الرابع فيمن يدخل معه في عقد
(كتاب البليات في النفوس)	الكتابة ومن لا يدخل
٢٥٠ مطلب وما يدخل في هذا الباب دية	الجنس الخامس فيما يحجر فيه على
الجنين	المكاتب مما لا يحجر
(كتاب البليات فيما دون النفس) ٢٥٢	٢٣٣ مطلب في شروط الكتابة
٢٥٤ القول في ديات الأعضاء	(كتاب التدبير والكلام على أركانه
(كتاب القسامة وفيه مسائل) ٢٥٧	وأحكامه)
٢٥٨ المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على	الركن الاول في أركانه
الجله	٢٣٥ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى خمسة
المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة	أجناس
فيما يجب بها	الجنس الاول مما اذا يخرج المدبر
٢٥٩ المسئلة الثالثة في اختلافهم فيمن يبدأ	الجنس الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق
بالإيمان الحسن	مما ليس يبقى فيه
٢٦٠ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند	٢٣٦ الجنس الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس
القائلين بها	يتبعه
(كتاب في أحكام في الزنا) ٢٦١	الجنس الرابع في مبطلات التدبير الطارئة
الباب الاول في تعريف الزنا	عليه

صفحة	صفحة
٢٦٢ الباب الثاني في أصناف الزناة	وهي التوبة
٢٦٤ الباب الثالث في العقوبات لكل صنف	٢٧٦ الباب الخامس مماذا ثبتت هذه الخيانة
صنف منهم وفيما ثبت به الزنا	فصل في حكم المحار بن علي التأويل
٢٦٥ (كتاب القنف)	باب في حكم المرتد
٢٦٧ باب في شرب الخمر والكلام على هذه	٢٧٧ (كتاب الاضيء وفيه سب أبواب)
الجناية	الباب الاول في معرفة من يجوز قصاؤه
٢٦٨ فصل واما بماذا يثبت هذا الخداع	٢٧٨ الباب الثاني في معرفة ما يعضى به
(كتاب السرقة)	الباب الثالث في معرفة ما تقضى فيه
٢٧١ فصل وأما جنس المسروق فإن العلماء	وفيه فصول
الخ	الفصل الاول في الشهادة
٢٧٢ القول في الواجب في هذه الجناية	٢٨١ الفصل الثاني في الايمان
٢٧٤ القول فيما ثبت به السرقة	٢٨٢ الفصل الثالث في النكول
(كتاب الخراية وفيه أبواب)	٢٨٤ الفصل الرابع في الافرار
الباب الاول المطرف في الخراية	الباب الرابع في معرفة من يعصى عليه
الباب الثاني النظر في المحارب	أوله
الباب الثالث فيما يجب على المحارب	الباب الخامس في كيفية القضاء
٢٧٥ الباب الرابع في مسقط الواجب عليه	١٨٦ الباب السادس في وقت القضاء

الجزء الثاني

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام
الحافظ الناقد البحر الزاخر أبي الوليد محمد بن أحمد بن
الامام الشهير حامل لواء المذهب وحذامه أبي الوليد
محمد بن أحمد بن رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبع هذه السخنة مقابلة على عدة نسخ من أحماها السخنة
التي طبعت بمدينة فاس العلياسنة ١٣٣٧ هجرية على نفقة
مولانا السلطان (السيد عبد الحفيظ) سلطان المغرب الأقصى
حفظه الله



دار الكتب والعلوم

على نفقة أحماها

مصطفى الباني الحلبي وأخويه تكري وعيسى

(بمصر)



﴿كتاب النكاح﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب الباب الأول في مقدمات النكاح الباب الثاني في موجبات صحة النكاح الباب الثالث في موجبات اختيار في النكاح الباب الرابع في حقوق الزوجية الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها والفاسدة

﴿الباب الأول﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال قوم هو مندوب إليه وهم الجمهور وقال أهل الطاهر هو واجب وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام تناكحوا فاقى مكاتركم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة فأما من قال إنه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات إلى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي سمي المرسل وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه وقد أنكره كثير من العلماء والطاهر من مذهب مالك القول به (وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة وسبب الخلاف هل يحمل فعلة في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب فأما الخطبة على الخطبة فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلقوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وإن كان يدل في أي حاله يدل «نعم» أو لا يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال ابن القمم «نعم» بمعنى النهي إذا خطب رجل

صالح على خطبة رجل صالح وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز وأما الوقت عند الأكره فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لاقى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم قد كرهته أن أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطبها فقال أما بوجههم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصحاوك لأماله ولكن اسكني أسامة وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوائين ومنع ذلك قوم على الإطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القسمين مع الوجه والكفين والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقا وورد بملئع مطلقا وورد مقيدا أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) أنه الوجه والكفان وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحرير النظر إلى النساء

باب الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان الركن الأول في معرفة كيفية هذا العقد الركن الثاني في معرفته محل هذا العقد الثالث في معرفة شروط هذا العقد (الركن الأول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الإذن المتعقبه ومن المعتبر رضاه ولزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على اختيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لم يفسد العقد أم من شرط ذلك الفور (الموضع الأول) الإذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والتيب من النساء بالالفاظ وهو في حق الأنكار المستأذنتا واقع بالسكوت أعني الرضا وأما الردف باللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غيبا وبلا جسد بالطلق وانما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام الإيم أحق بنفسها من غيرها وبكرتأ صرف نفسها وإذنها صامتا وانفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح من إذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج واحتلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ المدة فأجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر به مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من محته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال لانكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفقوا فيه المعنى الشرعي من ذلك أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في محته هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعني الزوج والزوجة لما مع الولي وأما دونه على منذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المملوكة أمر نفسها والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومساائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فأنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سببه والوصى بحجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق

السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي بحجوره واختلاف في ذلك موجود في المنهـب
وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظورة أم ليس بمصلحة وانما طرقة الملاذ وعلى القول
بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على
اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تعرب عن نفسها الاما حكى عن الحسن
البصري واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فأما البكر البالغ
فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي
وأبو ثور وجاعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المفضة على أحد القولين عنه وسبب
اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم وذلك ان ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله
لا تنكح البتية الا باذنها وقوله تستأمر البتية في نفسها خرجه أبو داود والفهم منه بدايل الخطاب
ان ذات الأب بخلاف البتية وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستأمر
يوجب بعمومه استئثار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس
زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام والبكر يستأذنها أبوها وهون في موضع الخلاف وأما الثيب
الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قالايجبرها الأب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتأخرون
ان في المنهـب فيها ثلاثة أقوال قول ان الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول
انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي حكيناه
عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل
الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر البتية في نفسها ولا تنكح البتية الا باذنها
يضم منه أن ذات الأب لا تستأمر الاما جمع عليه الجمهور من استئثار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة
والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها يقتلوا البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستأمر
ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي واختلفوا في هاتين المسألتين سبب آخر
وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لم يجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ
وأنه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا اذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة أو الهـر
فن قال الصـفر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيب الصغيرة
ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ والتعليل الأول
تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة
واختلفوا في الثبوت التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها
الثبوت التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانما لانكون بزنا ولا نبصـب وقال الشافعي
كل ثبوت ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق
بنفسها من وليها بالثبوت السريع أم بالثبوت اللغوي واتفقوا على أن الأب يجبر ابنة الصغر على النكاح
وكذلك ابنة الصغيرة البكر ولا يستأمر هـل ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي
الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بالنكاح أبي بكر أيها رضي الله عنه الامروى من الخلاف

عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مستثنين أحدهما هل يزوج الصغيرة غير الأب والثانية هل يزوج الصغير غير الأب فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعي يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط وقال مالك لا يزوجها إلا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك إذا عاين الزوج الآن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك وهذا الخيار إذا بلغت وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستأمر وأذنهن صمايتها يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصها الإجماع الاختلاف الذي ذكرناه وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه في معنى الأب إذا كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى أن المالاب في ذلك غير موجود لغيره أملك من قبل أن للشرع خصه بذلك وأما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي ذهب إليه مالك رضى الله عنه وما ذهب إليه أظهر والله أعلم الآن أن يكون هناك ضرورة وقد احتجبت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى (فإن خفتم أن لا تنصطوا في النكاح فأنكحوا ما طاب لكم من النساء) قالوا واليتم لا ينطلق إلا على غير البالغة والفرق الثاني قالوا أن اسم اليتم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة والمستأمرة هي من أهل الأذن وهي البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتم وقد احتج أيضاً من لم يجوز نكاح غير الأب لما بقوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئثار باتفاق فوجب المنع ولأولئك أن يقولوا أن هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئثار وأما الصغيرة فمستكوت عنها وأما هل يزوج الولى غير الأب الصغير فإن مالكاً أجاز له الوصى وأباحنيقة أجاز له الأولياء الآن بأحنيقة أوجب اختياره إذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الأب انكاحه وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يجوز ذلك ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلا أن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا يملك المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا (وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فإن الجمهور على أنه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز والسبب في اختلافهم تردد المكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو تقول أن الأصل في العقود أن لا خيار إلا موقوف عليه النص وعلى المبت للعيار البليل أو تقول أن أصل منع الخيار^(٢) في البيوع هو الفرر والأنكحة لا غر فيها لأن المقصود بها للمكايسة ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازهم قوم وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير إذنها في النكاح فتجيزه ومن منعه مطلقاً الشافعي ومن أجازهم مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والفرقة بين الأمر الطويل والتقصير مالك وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع (الركن الثاني في شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول

﴿ الفصل الأول ﴾

يطالع النظر في الأولياء في مواضع أربعة الأول في اشتراط الولاية في صحة النكاح للموضع الثاني في صفة الولي
 الثالث في أصناف الأولياء وتزويجهم في الولاية وما يتعلق بذلك الرابع في عضل الأولياء من يلزمهم
 وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والولي عليه (الموضع الأول) اختلف العلماء هل الولاية مشروط من
 شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح الابوي وانما بشرط في الصحة
 في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهرى اذا عمدت المرأة نكاحها
 بغير ولي وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والنتب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه
 في النتب وشرح على رواية ابن الغنم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك
 انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشرقة أن تستخلف رجلا
 من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب ولها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط
 النكاح لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أعصاب مالك أعنى انهم يقولون انها من شروط
 الصحة لا من شروط النكاح وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح
 فضلا عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من بشرطها
 هي كلها عمقلة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من بشرط اسماطها هي أيضا عمقلة في ذلك
 والحديث مع كونها عمقلة في ألفاظها اختلف في صحتها الحديث ابن عباس وان كان السمع لم يالس عليه
 دليل لأن الأصل براءة التهمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان وبين وجه الاحتمال في ذلك
 فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى (فأذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن
 أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للأولياء ولولم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله
 تعالى (ولا تنكحوا للمشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للأولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به
 هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فلمهر لها بما أصاب منها
 فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له أخرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن وأما ما احتج به من
 لم بشرط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف)
 قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وهذا ضاف اليهن في غيرها آية من الكتاب الفصل
 فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجا غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث
 ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر
 في نفسها واذنها صحتها وهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى
 فهذه مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فأما قوله تعالى (فأذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن) فليس
 فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه
 اشتراط اذنهم في صحة العقد لاحقيقة ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص

بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلوئهم وكذلك قوله تعالى (ولاتسبحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطاباً لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء وأولاً الأمر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر فإن قيل إن هذا عام والعالم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالنفع والنفع بالشرع فيستوى فيه الأولياء وغيرهم وكون الولي مأموراً بالنفع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجني ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط اذنتهم في صحة النكاح لكان مجعلاً لا يصح به عمل لأن ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً أو فرياً من التواتر لأن هذا مما تم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد نكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدوها ويضاف المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والظاهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط اذن الولي لمن لم يولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تعقد بل يظهر منه أنه إذا أذن الولي لم يجز أن تعقد على نفسها دون أن نشترط في صحة النكاح إيجاب الولي معها وأما ما احتج به الفرق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس هنالك شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا بعد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعقد النكاح والأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من التمرع إلا أن هذا لم يقل به أحد وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم التكيل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبأذنت شرعى تكون الأم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو أن يكون موافقاً لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضه ويحفل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والناطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولاتسبحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذي يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا القليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من منزه عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفضه وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لا ينهها أن يشكها إياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني

بالمثل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال وينسب أن يقال ان المرأة مائة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأنيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يطرُق الى ولياتها لكن يكفي في ذلك أن يكون للولاية الفسخ أو الحسبة والمستلة محققة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لقبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البولي في هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً أو فرياً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين اما أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما الاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها عيب صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يصفى قول من يبطل عقد الولي الأب لسمع وجود الأقرب . في الموضع الثاني . وأما المنظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها أضداد هذه أعنى الكفر والصغر والانوثه واختلافوا في ذمة في العبد والفاسق والسفيه فأما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالشهور في المنسحب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو نعيم . وهذا الشافعي ذلك من شرطها وقدرى عن مالك مثل قول الشافعي بقول الشافعي قال أشهب وأبو موصعب وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطها أن يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشدي في المال وهما قسمان كما رأى أعنى أن الرشدي في المال غير الرشدي في اختيار الكفاءة لها . وأما الدالة فاتفقوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال ان الحلة التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف حقوق العار بهم وهذه هي مرجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولتنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته (الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وساطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الذميمة واختلغوا في الوصي فقال مالك يكون الوصي ولداً ومنع ذلك الشافعي وسبب اختلافهم هل صفة الولاية بما يمكن أن يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا بأبواب ولا فرق بين الوكالة والابصاء لان الوصي وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للاب والام ثم سوا الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم الاجداد للاب وان سفلوا وقال المغيرة الجدة وبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل (١) ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم للمولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصي عنده أولى من ولي النسب أعنى وصي الاب واختلف أصحابه فيمن أولى وصي الاب

أولى النسب فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجنون وابن عبد الحكم أولى وأولى وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجوزها أصلا وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجدا أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة الا باذن ولها أو ذى الرأي من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنه أن ينكحها إياه ولأنهم انفقوا أعنى مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة أحدها اذا تزوج الأبعد مع حضور الأقرب والثانية اذا غاب الأقرب هل تنقل الولاية الى الأبعد أو الى السلطان والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنقل الولاية أو لا تنقل (فأما المسئلة الاولى) فاختلاف فيها قول مالك فمرة قال ان تزوج الأب مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال لا أقرب أن يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيأعدها الاب في ابنته البكر والوصي في محجورة فإنه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي وقال الشافعي لا ينفذ أحد مع حضور الأب لاني بكر ولا في تب وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعنى ناسبا بالشرع في الولاية أم ليس به كم شرعي وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الأقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الرتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى أنه حق لاولى قال النكاح منعقد فان أجزأه الولى جاز وان لم يجزه أنفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المنهب أعنى أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد (وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الأقرب انتقلت الولاية الى الأبعد وقال الشافعي تنقل الى السلطان وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت (وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر فان في المنهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى الكاح اما عدم النفقة واما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا فاتفق المنهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون ونحت نفقة انها ان لم تدع الى التزوج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه واختلافها هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا ففيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة أعنى في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الأمران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومه لمكان امكان مخاطبتها وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد تزوجت وان كان الموضع قريبا واذا قلنا انه يجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب فان جعلت امرأة أمرها الله

وأما قدره فأنهم اتفقوا على أنه ليس لا أكثره حد واختلفوا في أقله فقال الشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور وقهها المذنب من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمناً وقية لشيء جاز أن يكون صداقاً وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهو لا اختلافاً المشهور في ذلك مذهب ابن أحمد وأحمد مذهب مالك وأصحابه والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلان من فضة أو ماساوى النهرام الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ماساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقبل خمسة دراهم وقبل أربعون درهما وسبب اختلافهم في التمدير سببان أحدهما تردد بين أن يكون عوضاً من الأعراض بعد فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موثماً وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأ منافعتها على الروايش العوض ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على اسمها مثلاً؛ الصادة والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقضى التحديد لفهم الأثر الذى لا يضى التحديد أما القياس الذى يضى التحديد فهو كما قلنا أنه عبادة والعبادات موقوفة وأما الأثر الذى يضى منه يومه = م التحديد حديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحه وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علم جأته امرأة فعالت بارسول الله اتى قد وهبت نفسها لك فعالت فبما طوطى فلا فقام رجل فقال بارسول الله رحميتها ان لم يكن لك بها حاجة فقال الرسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من شيء تصدقها اياه والى ما عدى الا ان ارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ارارك قالتم شيئاً فقال لا أجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام التمس ولو خائفاً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً ١٤ ل رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا وسورها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن قالوا فعوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خائفاً من حديد دليل على أنه لا قدر لأقله لانه لو كان له قدر لينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بركته ترى مع أن القياس الذى اعقده الفاضلون بالتحديد ليس تسلم منه مدان ذلك انه انبنى على معلومتين احدهما أن الصداق عبادة والثانية أن الصادة موقوفة وفي كليهما مراعى للخصم وذلك انه قد بلى من السرعة من الصادات ما ليست موقوفة بل الواجب فيها هو أقل ما تطلق عليه الاسم؛ أما فاته ليس فيه شبه المبادىء خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصاً بذلك الرجل فعوله قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان فسماه في بعض رواياته انه قال قم فعلها لما ذكر انه معه من القرآن فعلم فعلها فغند كما كان اجارة لكن لم التمسوا أصلاً فيفسون عليه فقرر الصداق لم يجزوا شيئاً أقرب شبهه من نصاب القطع على علمه بما وما وذلك ان القياس الذى استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون معتبراً أصله القطع وصعب مدرا اقباس هو من قبل ان الاستباحة فهما هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان السلع عبر الوطء وأيضاً فان التمتع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص حلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الموع والاصل شيئاً واحداً لا بالاشتراك بل بالعمى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من

الشبه الذي لم يبد به عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يشهدوا لهذا القياس
 في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعماله في تعيين قدر التحديد
 وأما القياس الذي استعماله في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا وبشهادة عدم التحديد
 ماخرجه الرمذي ان امرأة تزوجت على بعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضت من
 نفسك ومالك نعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح ولما اتفق المالون
 بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك
 هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب
 في السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت
 الحنفية لكون الصداق محمدا بهذا القدر بحيث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال
 لامهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثائلا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا
 الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث
 فانه يرويه قالوا بمشروع بن عبد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومشر عن الحجاج ضميمان وعطاء
 أيضا بل جابرا ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد (المسئلة الثالثة)
 أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضا واختلفوا من ذلك في مكانين في السكاح بالاجارة
 وفي جعل عتق أمته صداقها أما السكاح على الاجارة ففي المنهج فيه ثلاثة أقوال قول بالاجارة وقول بالبيع
 وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسحه قبل الدخول وأجازها من أصحابه
 أصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن العليم وأبو حنيفة الا في العبد فان أختيقه أجازها
 وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قسما لازم لما حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر
 بالعكس فن قال هو لازم أجاره لقوله تعالى (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجروني
 ثمانى حجج) الآية ومن قال ليس يلزم قال لا يجوز النكاح بالاجارة والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس
 النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيع العرق المجبول ولذلك خالف فيها
 الاصم وان عليه وذلك ان أصل التعامل اعماهو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابته والاجارة
 هي عين ثابتة في مدة اقلها حرركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة نفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب
 الاجارة على المستأجر وأما كون الحق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد وسبب اختلافهم
 معارضة الاثر الوارد في ذلك للاصول أعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام أعنتق صفة وجعل عتقها
 صداقها مع احوال ان يكون هذا احصاه عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه في هذا الباب ووجه
 مفارقتها للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا من استباحة الشيء بوجه آخر لاما اذا اعتقت
 ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه
 رأى انها قد ألفت عليه قيمتها اذ كان انما ألتفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه
 الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغير ما يمينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لا يمتنع اما الاما قام
 الدليل على خصوصيه وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض العين الموصوف

أعنى المنضبط جنسه وقهره بالوصف واختلقوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قبضته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي وقال أبو حنيفة يجوز على القعدة وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في الشاخص أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل المقصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجري في التشاخص مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذ المفصود منه انما هو المكارمة قال يجوز وأما التأجيل فان قوما لم يجوزوا أصلاً وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئاً منه اذا أراد السخول وهو منهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزئه الا الزمن محدود وقدر هذا البعد وهو منهب مالك ومنهم من أجازوه لموت أو فراق وهو منهب الاوزاعي وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة (الموضع الثاني في النظر في التقرر) وافق العلماء على أن الصداق يجب كله بالسخول أو للموت أو ما وجوبه كله بالسخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن فنتطارا فلا تأخذن منهن شيئاً) الآية وما وجوبه بالمولود فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع السخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالسخول والخلوة وهو الذي يضمن بارخاء الستور فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالسخول ولم يشترط في ذلك شيئاً وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في السخول بهما المنكوحه انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقهن في قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى (وان طلقوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب الا بالمسيس والميسس ههنا الظاهر من أمره انه الاجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله في المقة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه فوجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعله دون الاجماع تأثيراً في ايجاب الصداق وأما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهوان من أغلق باباً أو أرخى ستراً فوجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا واختلقوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلقا في المسيس أعنى القاتلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعى هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن السؤل هو لها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم يصدق وقيل ان كانت بكر انظر اليها النساء فيحصل فيها في المنهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الطاهر التول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب الميسر على المدعى عليه من جهة أمومدعى عليه بل من

جهة ما هو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا اختلاف يرجع الى هل يجب الجمين على المدعى عليه معلى أو غير معال وكذلك القول في وجوب المينة على المدعى وسيأتى فى ذى مكانه (الموضع الثالث فى التشطير) وانفقوا اتفاقا بجملا انه اذا طلق قبل الدخول وفد فرض صداقانه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى (فتصف ما فرضتم) الآية والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة فى محله من الانكحة وفى موجه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفى حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسحا وطلق قبل الفسخ فى ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلاف من هذا الباب فى الذى يكون سببه قبلها عليه بالصداق أو بالنفقة مع عسر مولا فرق بينه وبين القيام بالعيب وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا وأما الفسوخ الطارئ على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار وكان لحدونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه منه أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو بسببه وان ما كان فسحا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما يجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها المكان الجير على رد ساحتها وأخذ الثمن كالحال فى المشتري فلما فرق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها منى لانها استقطت ما كان لها من جيره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة وانبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها فاما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فان ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه اما أن يكون لتمام السكك واما أن يكون نقصا واما أن يكون زيادة واما أن يكون زيادة ونقصا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعنق والهبة أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انها مافى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الملوأ ملكا مستقرا أولا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هما فيه شريكان ما لم تعد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع مذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال أبو حنيفة والشافعى يرجع

عليها نصف الثمن الذي هو الصداق واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسباع وهو هل للابن أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول والسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له وسبب اختلافهم هو الاحتمال التقى في قوله تعالى (الان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وذلك في لفظة يعفو فأنها تنقل في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج صفن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم فقالوا الكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية أي شرعا زائدا لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي اما الابن واما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والمجهور على أن المرأة الصغيرة والمهجورة ليس لها أن تهيب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهيب مصير العموم قوله تعالى (الان يعفون) واختلفوا من هذا الباب في المرأة اذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها شيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها شيء لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وان وهبته له كالموهبة له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى ان الحق في العائن ما لم يقبض فاذا قبضت صار في الذمة (الموضع الرابع في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلاف في القدر الموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا (فاما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرًا فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيار ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ما قبله المرأة به واما ان يفرض صداق التل ويلزمها وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم في سقوط "صداق سواء كان مسبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق مسبب اختلاف في ذلك بالإضافة لماله من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان لا بد من ذلك في كل حال لقوله تعالى (ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انما ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق

إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع التمتع في سطر مهر المثل لأن الآية لم تعرض بمغفوها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر للمثل إذا طلق فواجب أن ينشطر إذا وقع الطلاق كما ينشطر في المسمى ولهذا قال مالك أنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيل الزوج (وأما المسئلة الثانية) وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها التمتع والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا الآن للنسور عندنا محبة هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأى فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فني أرى لها صداق امرأة من نسائها الأكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال أشهد لك قضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرج أبو داود والنسائي والترمذي ومعه وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلم يقبض المعوض لم يجب العوض قیاسا على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم (الموضع الخامس في الإصدقة الفاسدة) والصداق يقصد المال منه والمالصة فيه من جهل أو علم فالذي يفسد لهينه فخل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العنبر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة (المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعبارة أخرى إذا وقع فيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان أحدهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال يفسد النكاح وبصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصقة فيه قیاسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا (المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن من العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فتعصم مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجاز ما شهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً لم يفسد فيه جازواختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز (المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يحاق به الأب على ثلاثة أقوال فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها

صداق المثل وقال مالك إذا كانت الشتر عند النكاح فهو لا يثبت وإن كان بعد النكاح فهو له
وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء
قال لا يجوز النكاح كالأبحوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز وأما من قال مالك
فلا نهائهم إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الشيء اشترطه لنفسه نقصاً ممن صداق مثلها
ولم يثبتهم إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز
والثوري وأبي عبيد وخرج السنائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت على حياء قبل عصمة النكاح فهو لها
وما كان بعد عصمة النكاح فهو لهن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحدث عمرو بن
شعيب يختلف فيه من قبل أنه محقق ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمرو بن عبد البر إذا روت الثقات
وجب العمل به (المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور
النكاح ثابت واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة
بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل ترجع بالقيمة وقيل ترجع بالمثل
قال أبو الحسن النخعي ووفيل ترجع بالاقبال من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجهاً وشذوذاً
فقال النكاح فاسد وبمبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال يفسخ ومن لم
يشبهه قال لا يفسخ (المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف
أن لم يكن له زوجة وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك
فقال قوم الشرط جائز ولهمان الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي
وبه قال أبو ثور لأنه قال إن الله قال لطلقاتها قبل السخول لم يكن لها إلا النكحة وقال أبو حنيفة إن كانت له امرأة
فلها ألف درهم وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من ألفين أو أقل من الألف
ويتخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ لكان الغرر ولست أذكر إلا أن ناصباً في المذهب فهذه
مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه
المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جهاها ونصاها (٧) وماها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبها فقط
وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصمة وغيرهم وبمبنى اختلاف هل المأثلة في المنصب
قط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة ثلاثاً وجهاها وحسبها الحديث
(الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفوا في لا خلوان يكون في القبض أو في القدر
أو في الجنس أو في الوقت أعني وقت الوجوب فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين
وقال الزوج بمائة فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً فقال مالك أنه إن كان الاختلاف قبل
الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أهما يتعلفان ويتفاسخان وإن حلف أحدهما ونكل
الآخر كان القول قول الخائف وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة إذا حلفا جميعاً ومن أتى بما يشبه منهما كان
القول قوله وإن كان الاختلاف بعد السخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه

وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجاعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع المهر المثل ولم تر الفسخ كالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجاعة وقد قيل انها ترد الى صدق المثل دون معين مالم يكن صدق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معطل أو غير معطل فمن قال معطل قال يحلف أبداً أو قواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاستخا ومن قال غير معطل قال يحلف الزوج لأنها كرهه بالنكاح ويجلس الصدق ويهدى عليه قدر الزاد فهو مدعى عليه وقيل أيضاً تحالفاً أبداً لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عندهم لم يراع الاشباه واختلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى المهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صدق مثلها فإدونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحاليف والرجوع الى صدق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه فمن قال يشبهه قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصدق ليس من شرط صحة العقد قال بصدق المثل بعد التحاليف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لها بعد التحاليف أن يتراضا على شيء ولأن رجح أحدهما الى القول الآخر ورضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فأما شبهة باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقالت الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصدق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً والقول بأن القول قولها أبداً أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين ويمين أحسن وأما اذا اختلفا في جنس الصدق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنهم يتحالفاً ويتفاستخا ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان له صدق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت وأقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفاً قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء أشبه قولها أو لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبهاً تحالفاً وكان له صدق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القسر أعنى يتحالفاً ويتراجعا الى مهر المثل وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالئ والتي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة

ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال يجب قبل الدخول وإنك استحب ما لك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق (الركن الثالث في معرفة محل العقد) وكل امرأة فأنها محل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك عين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم إلى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم إلى المستفاد عليها ويختلف فيها فالتفريق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة أحدها موانع العدد والثاني موانع الجمع والثالث موانع الرق والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض والسابع مانع العدة على اختلاف في علم تأييده والثامن مانع التطلاق ثلاثاً للطلق والتاسع مانع الزوجية فالوانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً في هذا الباب أربعة عشر فصلاً

﴿ الفصل الأول في موانع النسب ﴾

واففقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع للذكورات في القرآن الأمهات والبنات والأخوات والعمات واختلات وبنات الأخ وبنات الأخت واففقوا على أن الأم ههنا اسم لكل أتي لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب والبنات اسم لكل أتي لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة وأما الاخت فهي اسم لكل أتي شاركته في أحداً صديقاً ومجموعهما أعني الأب أو الأم أو كليهما والعمة اسم لكل أتي هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة وأما اختك فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أتي لها عليك ولادة وبنات الأخ اسم لكل أتي لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة وبنات الأخت اسم لكل أتي لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة والأصل فيها فوله تعالى (حمت عليكم) إلى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين

﴿ الفصل الثاني في المصاهرة ﴾

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل في ذلك أيضاً قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضاً والأصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والأصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم للباصرة للام للدة أو بالوطء وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضاً من هذا الباب في مستثناة أربعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح أو النكاح شبهة فهنا أربع مسائل (المسألة الأولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصفه تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير وانما خرج الموجد أولاً أكثر فن قال خرج مخرج الموجود أولاً أكثر وليس هو شرطاً

في الرائب اذا لفرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال يحرم الربية بالطلاق ومن جعله شرطاً غير معقول للمعنى قال لا يحرم الا اذا كانت في حجره (المسئلة الثانية) وأما هل يحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللبس والنظر الى الفرج شهوة أو لغبر شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللبس لشهوة يحرم الأم وهو أحد قولي الشافعي وقال داود والمزني لا يحرمها الا بالوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللص اذا كان نظرت لذي أي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر بحمل اللبس ولم يشترط اللذة وحالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوليه فلم يوجب في النظر شيئاً وأوجب في اللبس ومبني اختلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى (اللاذي دخلتم بهن) الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فلهل يدخل فيه النظر أم لا (المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار الى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها ولم يدخل وذهب قوم الى أن الأم لا تحرم الا بالدخول على البنت كالدخول في البنت أعني أنها لا تحرم الا بالدخول على الأم وهو مروى عن عليّ وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة ومبني اختلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللاذي دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الرائب فقط أو الى الرائب والأمهات المذكورات فيل الرائب في قوله تعالى (وأمهات نسائك وربائبكم اللاذي في حجورك من نسائك اللاذي دخلتم بهن) فانه يحتمل أن يكون قوله اللاذي دخلتم بهن يعود على الأمهات والبنت ويحتمل أن يعود الى أقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال إنما رجل نكح امرأة فدخل بها ولم يدخل فلا يحل لها معها (وأما المسئلة الرابعة) فاختلوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو يشبهه أعني الذي يدرك فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم وقال سحنون أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما في الموطأ وعمر بن عبد روي عن الليث أن الوطء يشبهه لا يحرم وهو شاذ وسبب اختلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال يحرم الزنا أيضاً ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجتماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك الجين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك الجين كما اختلفوا في النكاح

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعني أن الرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد

عندهما من مقدار المحرم من اللبن والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك
 وقت عند من يشترط الرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر فيه وصوله رضاع والتقام الثدي
 أولا يعتبر والخامسة هل يعتبر فيه المحافظة أم لا يعتبر والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق
 أولا يعتبر والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أخصى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذي يسمونه لبن الفحل
 أم ليس ينزل منه بمنزلة أب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة للمرضعة (المسئلة الاولى)
 أم مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو من ذهب مالك وأصحابه وروى عن علي
 وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهو لا يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه
 والثوري والأوزاعي وقالت طائفة بتحديد المقدار المحرم وهو لا انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا يحرم
 المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فافوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس
 رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عتشر رضعات والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة اربعة عموم
 الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بضما فاما عموم الكتاب فقوله
 تعالى (وأما نكحكم الا لا تأرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث
 المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه السلام
 لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خوجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل
 ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان
 والحديث الثاني حديث سهل بن سالم أنه قال لما النبي صلى الله عليه وسلم أرضعته خمس رضعات وحديث
 عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عتشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات
 فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث
 قال يحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل
 الخطاب في قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة
 فافوقها التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله لا يحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن ما فوقها يحرم
 ودليل الخطاب في قوله أرضعته خمس رضعات يقتضى أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي
 الخطاب (المسئلة الثانية) وافقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير
 فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه
 يحرم وهو من ذهب عائشة ومن ذهب الجمهور وهو من ذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر
 أزواج النبي عليه السلام وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك حديثان
 أحدهما حديث سالم وقد تقدم والثاني حديث عائشة خوجه البخاري ومسلم قالت دخل رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله إنه أخصى من
 الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة
 فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للرضع مقام الغذاء الآن حديث سالم
 نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعمل

حديث عائشة بانهم لم يعمل به قال يحرم رضاع الكبير (المسئلة الثالثة) واختافوا اذا استغنى للولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال أبو حنيفة والشافعي ثبتت الحرمة به وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قائم الرضاعة من الجماعة فانه يحفل أن ير يد بذلك الرضاع الذي يكون في سن الجماعة كيفما كان الطفل وهو من الرضاع ويحفل أن ير اذا كان الطفل غير مفلوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من الجماعة فالاختلاف أبى الى أن الرضاع الذي سببه الجماعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه من الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقانون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم (٢) الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهرعنه وفي قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور وسبب اختلافهم ما بين من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين) يؤهم أن ملازاد على هذين الحولين ليس هو رضاع جماعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام انما الرضاعة من الجماعة يقتضى عمومه أن مادام الطفل غداؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم (المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكاً قال يحرم الوجور واللود وقال عطاء ودود لا يحرم وسبب اختلافهم هل يعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن رأى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي يطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللود ومن رأى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم (المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مختلط بغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمزجها لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبيح اللبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبيح به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر (المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر في الوصول الى الحلق ألا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا وسبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل (المسئلة السابعة) وأما هل بصير الرجل النثى له اللبن أعنى زوج المرأة ألبالرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفعل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري ابن الفعل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفعل والاول قال علي وابن عباس والبقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر وسبب اختلافهم (٣) قوله الفطام هكذا بالنسخ واعلم عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصحح

معلومة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعني آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أخوا بني القيس يستأذن عليّ بعد أن أزل الحجاب فأبيت أن أذن له وصالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خوجه البخاري ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائد على ثاني الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال ابن الفحل يحرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة بما ورد على وجه التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز بأخبار البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأصول لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن منهيها التحريم بلين الفعل وهي الرواية للحديث ويصعب رد الأصول المنتسرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وخاصة التي تكون في عين ذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس لا تترك كتاب الله لحديث امرأة (المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان فوما قالوا لا تقبل فيه الاشهادة امرأتين وقوما قالوا لا تقبل فيه الاشهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو فوطهما بذلك قبل الشهادة وهو منهيها مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشق قولها قبل الشهادة وهو منهيها أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روي عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنين والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأة أم لا فيقال ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك اما أن يكون أضعف من حال الرجال واما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله اني تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالا قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحل بعضهم هذا الحديث على التنب جعائنه وبين الأصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك (المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فانهم اختلفوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ والبالغة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملاً كانت أو غير حامل وشذب بعضهم فأوجب حرمة اللبن للرجل وهذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لنا الا باشتراك الاسم واختلافنا من هذا الباب في ابن المينة وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ولا بلينة ان وجد لها الا باشتراك الاسم وبكاد أن تكون مستثغرة واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(والزانية لا ينكحها الا زمان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج التيم أو مخرج التيم وهل الإشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أو الى النكاح وانما صار الجمهور للآية على التيم لاعلى التحريم لاجاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد يد لأمس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام طلقها فقال له اني أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان

﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء مع ذلك للاحرام من الرجال واختلفوا في موضعين في العيب وفيما فوق الأربع أما العيب فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أر بواو به قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تصنيف حده في الزنا أعني ان حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك وأما فوق الأربع فان الجمهور على انه لا يجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولم يروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم وبمخه عشر نسوة أمسك ر بواو فارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب منهيب الجمع في الآية المذكورة أعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع)

﴿ الفصل السادس في مانع الجمع ﴾

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهب طائفة الى اباح ذلك وسبب اختلافهم عارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آتري الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لا قرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الاموقع الاجماع على انه لا تأثير فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله (وأن تجمعا بين الاختين) على عومه ولا سيما ان علل ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختاف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت أحدهما نكاح والاخرى بملك يمين فنع ما ملك وأبو حنيفة وأجازة الشافعي وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وحالتها ثبت ذلك عن عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمه ههنا هي كل أخت لذكره عليك ولادة لما بنفسه وأما بواسطة ذكر آخر وان الخلقة هي كل أخت لذكره عليك ولادة لما بنفسه وأما بتوسط أختي غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص أر بديه الخاص أم هو من باب الخاص أر بديه العلم والدين قالوا هو من باب الخاص أر بديه العلم اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أر بديه الخصوص فقط

إن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل مرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمّة ولا بين ابنتي خال وخالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم إنما يحرم الجمع بين كل مرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذان الطرفين جميعا أعني إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا فهو لا يصلح الجمع بينهما وأما أن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج لم يحبس على الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالخال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فإنه ان وضعنا لبنت ذكر لم يصلح نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

﴿ الفصل السابع في موانع الرق ﴾

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الامة والحرّة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختافوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية العموم قوله (وأنكحوا الإيما منكم والصالحين) الآية وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يصلح نكاح الامة الا بشرطين أحدهما عدم الطول الى الحرّة والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الإيما منكم) يقتضي بمعمومه أنكاحهم من حر أو عبد واحدا كان الحر أو غير واحد خافوا العنت أو غير خافوا لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لأن هذا العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج المشتركة في نكاح الامة وإنما المقصود به الأمر بانكاحهم ولا يبيح على النكاح وهو أيضا محمول على التنب عنده الجمهور مع ما في ذلك من أوقاف الرجل ولده واختلقوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعني الذين لم يجزوا النكاح الا بشرطين المنصوص عليهما أحدهما إذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاثا وأربع أو ثنتين فمن قال إذا كانت تحت حرة فلا يصح العنت لأنه غير عزب قال إذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت إنما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فلها أن ينكح أمة لأن حاله مع هذه الحرّة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة إذا خشي العنت من الامة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة نائية على الامة الأولى أو لا ينكحها وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا إذا كان الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول أنه ينكح على الحرّة واعتباره مطلقا فيه نظر وإذا قلنا إن له

أن يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير إذنهما فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك واختلفوا إذا وجد طولاً بحرة هل يفرق الأمة أم لا ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها أعني أصحاب مالك واختلفوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تسكح المرأة من ملكته وإنما إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

❦ الفصل الثامن في مانع الكفر ❦

واختلفوا على أنه لا يجوز للسلم أن يسكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا في نكاحها بالملك واختلفوا على أنه يجوز أن يسكح الكأية الحرة الاماروي في ذلك عن ابن عمر واختلفوا في احلال الكأية الأمة بالنكاح واختلفوا على احلالها بملك اليمين والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركت حتى يؤمن) لمعوم قوله (والمحصنات من النساء الاما ملكت أيما نكحكم) وهذه المسبيات وظاهر هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة أو كأية والجمهور على منعها والجواز قال طائوس وبجاءه ومن الحجة لهم ماروي من نكاح للسبيات في غزوة أوطس إذا استأذنوه في العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكأيات الاحرار بالعقد لأن الأصل بناء لخصوص على العموم أعني ان قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركت حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور لخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو منهج بعض الفقهاء وانما اختلفوا في احلال الأمة الكأية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم إذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لأنه يجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص بقي الباقي على عمومته فن خصص العموم الباقي بالقياس وأولم بالباقي من العموم المخصص عموماً قال يجوز نكاح الأمة الكأية ومن رجح باقي العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الأمة الكأية وهذا أيضاً سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) بوجب أن لا يجوز نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية بوجب ذلك والقياس (٧) من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الأمة الكأية بالتزويج وانما اختلفوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (الاما ملكت أيما نكحكم) ولا جاعهم على أن السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في التزوجة هل يهمل السبي يهمل نكاحها وان همل فتي يهمل فقال قوم ان سبياً معاً أعني الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهمل سبياً معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر به قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما أن السبي لا يهمل النكاح أصلاً والثاني انه يهمل بطلاق مثل قول الشافعي والسبب في اختلافهم هل يهمل

أولاهم هو تردد المسترفين الذين آمنوا من القتل بين نساء المسلمين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها والمستأجرة من كافر وأما فريق أبي حنيفة بين أن يسبيامعا وبين أن يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجة ههنا حرة لأن محل الرق وهو الكفر هو سبب الإحلال وأما تشبيها بالتمية فيعيد لأن الذي إنما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه **﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾**

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فإن فعل فالتنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن عمر ويزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فنه حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت المقل خرج أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال أبو عمر رويت عنهما طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الأصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجع هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجع حديث ابن عباس أوجب بينه وبين حديث عثمان بن عفان ما نحل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع وتغليب القول

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز ويخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما وإن صح ويخرج من قوله أيضا أنه لا يفرق بينهما إن التفرق مستحب غير واجب وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولا خلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم وفيما بين النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا جعلها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بثلاث ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يراد فيه إثبات الحكم بالمصلحة حتى أن قوماروا أن القول بهذا القول شرع زائد وأعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وأنه لا تجوز إزادة فيه كما لا يجوز نقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح فطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى العلم فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بما هو مخصوص إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى العلم بوجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها المصانع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوتهم ههنا إذ لا يمكن أن يحذف ذلك حذوف صناعي

وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرهما من الصناعات المختلفة

﴿ الفصل الحادى عشر في موانع العدة ﴾

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي واليثة يفرق بينهما ما ولا تحل له أبدا وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية وسبب اختلافهم هل قول الصحاب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكاً روى عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرّق بين طليعة الاسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال إماما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتلت ببقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطبها من الخطاب وإن كان دخل بها فرّق بينهما ثم اعتلت ببقية عدتها من الأول ثم اعتلت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولها مهرها بما استعمل منها وربما عطفوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف يختلف في أصله وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبه الملاحن وروى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحررها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك علياً نكره فرجع عن ذلك عمر وجعل المصدق على الزوج ولم يقض بتحررها عليه روى الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق وأما من قال بتحررها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لاوطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق والجمهور على أنه لا يعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابناً بجمحة منا وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره وأما النظر في موانع التطلق ثلاثاً فسيأتى في كتاب الطلاق

﴿ الفصل الثاني عشر في موانع الزوجية ﴾

وأما موانع الزوجية فانهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين النسيين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً فالجمهور على أنه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو روى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الاماملك أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الاماملك أيمانكم) يقتضي المسبيات وغيرها ونحو بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقاً لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خبرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيامن العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلواهم وأصابوا لهم نساء هن أزواج وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأمموهم غشياتهم من أجل أزواجهم فأقر الله عز وجل (والمحصنات من النساء الاماملك أيمانكم) وهذه المسئلة هي التي يكاتب الطلاق فهذه هي جملة

الأشياء المصححة للأنكحة في الاسلام وهي كإقنا راجعة الى ثلاثة جناس صفة العاقد والعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط في العقد وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما ما أعني من الزوج والزوجة وقد كان انعقد السكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصح ذلك واختلوا في موضعين أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر (فأمّا المسئلة الأولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعاً ومن الأختين واحدة أيهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والنوري وابن أبي ليلى يختار الأوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أحبب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر وذلك أنه ورد في ذلك أن ابن أحد همام رسل مالك أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشرين نسوة أسلمن معه فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً والحديث الثاني حديث فيس بن الخارث انه أسلم على الأختين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختري أيهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الأثر فنسب إليه العقد على الآخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعني انه كان العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عتبتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهي كغاية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه عائكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فارق رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأتها جرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتا بينهما وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقض عتبتها وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبى وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح وسبب اختلافهم معارضة العموم للآخر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم فمأروى من أن أبيسفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت لمعيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما وأما القياس المعارض للآخر فلا يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر في اسلامه أيضاً قبل

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة الميوب والاعسار بالصدائق أو بالنفقة والكسوة والثالث فقد أعني فقد

الزوج والرابع العتق للامه المزوجة فينعتق في هذا الباب أربعة فصول

﴿ الفصل الأول في خيار العيوب ﴾

اختلف العلماء في موجب اختيار العيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد والموضع الثاني إذا قلنا أنه يرد فنأيهما يرد وما حكم ذلك فأما الموضع الأول فان مالك والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب اختيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيان أحدهما هل قول الصحابي حجة والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصحابي الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على ولها وأما القياس على البيع فان القائلين بموجب اختيار للعب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبهه بالبيع وقال المخالفون لم ليس شبهه بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء اما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خضاء واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الألف فقبل ردّها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط القرن والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيوب قبل النكاح طلق ولا شيء عليه واختلفوا ان علم بعد النكاح والميسس فقال مالك ان كان ولها الذي زوجها من بطن به لقربه منها انه عالم بالعيوب مثل الأب والاخت فهو غار يرجع عليه الزوج بالصدّق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيدا يرجع الزوج على المرأة بالصدّق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصدّق كله بالميسس ولا رجوع له عليها ولا على ولّيّ وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه الميسس أعني اتفاهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس الميسس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير إذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع اختلاف ترددها في الفسخ بين حكم الرد بالعيوب في البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعني بعد النكاح واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة فقيل لأن ذلك شرع غير معطل وقيل لأن ذلك مما يخفى ومجمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى وقيل لأنها يخاف سرانها إلى الأبناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم انه مما يخفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصدّق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصدّق فكان الشافعي يقول يخير اذا لم يدخل بها وقال مالك واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هي غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ونؤخذ بالنفقة ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح

في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالإيلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجاعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لأن الجمهور على القول بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع ويرعاهوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناضر لا نفقة لها عند الجمهور فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لا يرى الفياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استحباب الحال للقياس

❦ الفصل الثالث في خيار القفد ❦

واختلفوا في المفقود الذي يجهل حياته أو موته في أرض الإسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر وأولت قالوا أما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الرمان ما يعلم أن المفقود لا يبعث إلى مثله غالباً فقبل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فمن غاب وهو دون هذه الأسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى أيضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن عليّ وابن مسعود والسبب في اختلافهم معارضة استحباب الحال للقياس وذلك أن استحباب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الأبوة أو طلاق حتى يدل البليل على غير ذلك وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الإسلام وقع اختلاف فيه ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الإسلام أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار واختلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا ينقسم ماله حتى يصح موته ما خلا شهباً فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين وأما المفقود في حروب المسلمين فقال إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة وأما المفقود في حروب الكفار فبها في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الآن يكون موضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وقتنهم والقول الثالث إن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني عمر وحيد بن بورت وهذه الأقوال كلها متباينة على مجوز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو الذي يرفع بالقياس المرسل وبين

العلماء في اختلاف أعني بين القائلين بالقياس

❦ الفصل الرابع في خيار العتق ❦

اتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبدها أن لها الخيار واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها

اختياراً كان أو عبداً وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيل
أن يكون الجير الذي كان في انكاحها باطلاً إذا كانت أمة أو الجير على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجير
على النكاح باطلاً قال بخير تحت الحر والعبد ومن قال الجير على تزويج العبد فقط قال بخير تحت العبد
فقط وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة
أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذي يكون لها
الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكوّن لها الخيار مالم يمسهما وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس
وقال الأوزاعي إنما يسقط خيارها بالمس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجة ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما نلت من قوله عليه الصلاة والسلام (وطن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف ولقوله لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا
في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولبن تجب وعلى من تجب فأما وقت وجوبها فإن مالكاً
قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى السخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال
أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة
فلا شافعي قولان أحدهما مثل قول مالك والقول الثاني إن لها النفقة بالطلاق وسبب اختلافهم هل
النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمرضى وأما مقدار النفقة فذهب
مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف
بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة فعلى
الموسر مدين وعلى الأوسط مد ونصف وعلى المسرم مد وسبب اختلافهم تردد هل النفقة في هذا الباب
على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود
واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وإن وجبت فكم يجب والجهور على
أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدّم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت
واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة
وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدّمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلاً
شرعياً لا يجب النفقة على الخادم إلا تشبيهه الخدم بالأسكان فانهم اتفقوا على أن الأسكان على الزوج
للنص الوارد في وجوبه للطلق الرجعية وأما لن تجب النفقة فانهم اتفقوا على أنها تجب للحرّة الغير ناشز
واختلفوا في الناشز والأمة فأما الناشز فالجهور على أنها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا لا تجب لها النفقة
وسبب الخلاف معارضة العموم للفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام (وطن عليكم رزقهن
وكسوتهن بالمعروف) يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة
الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً فقيل لها النفقة

كالخرة وهو المشهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتية فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتية وقيل ان كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبدا فلا نفقة عليه وسبب اختلافهم معارضة العموم لقياس وذلك أن العموم يقتضي لها وجوب النفقة والقياس يقتضي أن لا نفقة لها الا على سيدها الذي يستعملها وتكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما يتنفع بهاضرا بما من الاتفاق وذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتية وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام وأما على من يجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فأما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه وسبب اختلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بإيجاب السلطان وإنما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتي ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احدهما جاء يوم القيلة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر أقرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والتيب وهل يحتسب له أولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند التيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكرة كانت أو تيبا ويحتسب الاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا تزوج البكر أقام عندها سبعا واذا تزوج التيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقال ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خوجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري خوجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجاه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجاه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند التيب ثلاثا واجب أم مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب الخلاف حل فعليه عليه الصلاة والسلام على التيب أو على الوجوب وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك ان قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها الاطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا أن يكون الطفل لا يشبه الانثى وهو مشهور قول مالك وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أم متضمنة أمره فقط فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنهما من الاخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الارضاع وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا أن لا يقبل ثدى غيرها فعليه الارضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن

لكم فآتوهن أجورهن) (١) والجمهور على أن الحضانة للام إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ولأن الامة والمسببة اذ لم يفرق بينهما وبين ولدها فاختص بذلك الحرة واختلفوا اذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم بغير ومنهم الشافعي واحتجوا بأثر ورد في ذلك وبقي قوم على الاصل لانه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على أن تزويجها الغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق بهما من تنكحني ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الاصل وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعقل عليه (١)

باب الخامس في الانكحة المنهي عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
والانكحة التي ورد النبي فيها لمصرحاً أربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة أخيه ونكاح الحلال فأما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع منه بضع الأخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبه قال الشافعي الا أنه قال ان سمي لاحداهما صداقاً أو لمهما فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سميها فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبري وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معطل بعدم العوض أو غير معطل فان قلنا غير معطل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق للمثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكا رضي الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص بتعلق النهي به أو رأى أن النهي انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد المنهي (وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثرا لصحابة جميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها معناه من أهل مكه وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم بهن من آتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه إلى أجل مسمى وروى عنه أنه قال ما كانت المتعة الا رجة من الله عز وجل رحم به الأمة محمد صلى الله عليه وسلم ولولا نهى عمر عنها ما اضطر إلى الزنا الأشقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريح وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول سمعت علياً عليه السلام يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفنا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس (وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) ما بين علامتي (١) لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية وهو موجود بالنسخة الخط تعلق أجذبك

فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن تردا خطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك وهو أن نكاح المحلل أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة لئلا تافان مال كافال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح فاسد فهمه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو بتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ولما يزاد بعد التمام إلى ابطال شرط من شروط الصحة وأما الزادات التي تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلاف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك عين بعثق أو طلاق فان ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو بعثق من أقسم عليه فلا يلزم السرط الأول أيضا وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شبرمة لما شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن علي وقول الاوزاعي مروى عن عمر وسبب اختلافهم معارضة العموم بالخصوص فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحل من الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط للقيدة بوضع من الصادق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعني في لزومها أو عدم لزومها وليس كما بناهذا موضوعا على الفروع (وأما حكم الأنكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما تفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل أن ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولما اذرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الأكثر يفسخه قبل الدخول ويثبت بعده والأصل عنده فيه أن لا يفسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد أنه يقرب بحالة الاسواق وغير ذلك ونسبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة والافلاحة للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فخي كان البليل عنده قويا ففسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا ففسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متفعا عليه أم لا تحتلافه ومن قبل هذا أيضا اختلاف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه مرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول وعدمه وقنرى أن تقطع ههنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرناه من فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

﴿ كتاب الطلاق ﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جهات الأولى في أنواع الطلاق الجلية الثانية في أركان الطلاق الجلية الثالثة في الرجعة الجلية الرابعة في أحكام المطلقات (الجلية الأولى) وفي هذه الجلية خمسة أبواب الباب الأول في معرفة الطلاق البائن والرجعي الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي الباب الثالث في الخلع الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ الباب الخامس في التخيير والتجديد

﴿ الباب الأول ﴾

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وإن من شرطه أن يكون في مدخولها أو أنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) إلى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) والحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا وأما الطلاق البائن فاتفقوا على أن بينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم المدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسأني بعد واتفقوا على أن العدد الذي يوجب بينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا إذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق وأن الذي يوجب بينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رقبتهما في هذا الباب اذن ثلاث مسائل (المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق باللفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجعته حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) إلى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والظاهر بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضا بما خرج به البخاري ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأما عندهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركعة زوجة ثلاثا في مجلس واحد فزنى عليها حتى شأبدها رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلعة واحدة فارجعها وقد احتج من اتصروا بقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طائوس وان جلقه أصحابه روي عنه لزوم الثلاث منهم سعيد ابن جبير ومجاهد وعطاء وعمر بن دينار وجعته غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روي الثقات انه طلق ركعة زوجة البتة لا ثلاثا وبسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله السرعة من بينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الاما أئزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التي ما أئزم العبد منها لزمه على أي صفة كان أئزم الطلاق كيفما أئزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليب في الطلاق سدا للثريعة ولكن تبطل

الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة

﴿الباب الثاني﴾

اجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المنحول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسا فيه مطلقاً واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة وإنما أجعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه صلاة والسلام مرة فلما رجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل

ان يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع
 للموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة والثاني هل المطلق ثلاثا أعني بلفظ الثلاث
 مطلق للسنة أم لا والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض (وأما الموضع الاول) فإنه اختلف فيه
 مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة
 ان طلقها عند كل طهر طلاقا واحدة كان مطلقا للسنة وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق
 ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال
 ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع (وأما الموضع الثاني) فإن مالك
 ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة وسبب الخلاف
 معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظ واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلاق
 الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن الجعاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من اللعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم
 وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدة قال فيه انه ليس للسنة
 واعتلوا بحجابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده فسوقت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع
 الطلاق على غير محله فلم يتصف لابسة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهرهما من قول الشافعي
 (وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع
 منها ان الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة
 وهؤلاء اختلفوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت
 فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار
 اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثرا أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقضي
 عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يرفع الطلاق
 بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تظهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تظهر
 ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وبجاعة وقوم قالوا بل تراجعها فإذا ظهرت
 من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من
 اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسه فيها لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذا
 أربيع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
 والثالثة متى يرفع الطلاق بعد الاجبار والندب والرابعة متى يقع الاجبار (وأما المسئلة الاولى) فإن
 الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث
 ابن عمر مره فلما رجعا قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن
 جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال نعم وروى انه الذي كان يفتي به ابن عمر وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتد بعموم قوله صلى الله
 عليه وسلم كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده

يُشعر بعدم وقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق
التي هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتعمام فمن قال شروط أجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم
هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتعمام قال يقع ويندب إلى أن يقع كاملاً ولذلك من قال بوقوع الطلاق
وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك (وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة ولا يجبر
فمن أعقده ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي
قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الأمر هو على النسب (وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يوقع
الطلاق بعد الإيجاب فإن من اشترط في ذلك أن يمسه حتى تظهر ثم يحض ثم يظهر قائماً صلاً لذلك
لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء وعلى هذا التعليل
بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآشعة لأنه كان يكون
كالطلاق قبل الدخول وبالجملة فقالوا إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل
يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشتركة
عند مالك في طلاق السنة فيأذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فأنهم صاروا إلى ما روى
يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال يرجعها
فإذا ظهرت طلقها إن شاء وقالوا المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه طلق في زمان كره له فيه
الطلاق فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكره فسبب اختلافهم تعارض الآثار
في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة (وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر قائماً ذهب مالك إلى أنه
يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها وأما أشبه فأنه انحصر في هذا
إلى ظاهر الحديث لأن فيه مره فليراجعها حتى تظهر قبل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً
فأنه قال إنما أمر براجعها لتلاطول عليها العدة فأنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تمتد بها بإجماع
فإن قلنا أنه يرجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع
الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد

﴿ الباب الثالث في الخلع ﴾

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن
اسم الخلع يختص ببذله لجميع ما أعطاه والصلح ببعضه والفدية بكثرة والمبارأة بإسقاطها عنه حقها
عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول في جواز
وقوعه أولاً ثم ثانياً في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعني هل هو طلاق أو فسخ
ثم رابعاً فيما يلحقه من الأحكام

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والأصل في ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى
(فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وأما السنة فحديث ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد
الدخول في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلعتها طقة واحدة خرج بهما اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشئنا أن نذكر بن عبد الله المزني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدل الزوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها وامبارضاها جائر فبسبب الخلاف حل هذا اللفظ على عمومها أو على خصوصه

﴿ الفصل الثاني ﴾

فما شروط جوازها من ارجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء ومن أوليئهن ممن لا تملك أمرها في هذا الفصل أربع مسائل (المسألة الأولى) أمام قدر ما يجوز لها ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجاعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت عن شبهه بسائر الاعراض في المملكات رأى ان القدر في راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رأى من باب أخذ المال بغير حق (المسألة الثانية) وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول للوجود والقدر والمعلوم مثل الأبقى والشارد والفرقة التي لم يبدلها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز الفرار ومنع العدم وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع والأشياء للموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيهما ما يشترط في البيوع وفي أعراض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالنحر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل (٧) (المسألة الثالثة) وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع الرضا اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرارها بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تعاضواهن لئنهبوا لبعض ما آتيتوهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقبلا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وشئنا أن نذكر في الحسن البصري فقال لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها ترى وجلا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الابتسار خوفاً أن لا يقبلا حدود الله على ظاهر الآية وشئنا النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقهاء ان العداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبدد الرجل من الطلاق قائم لا جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز أصلاً وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف أن لا يقبلا حدود الله وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور (المسألة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع عن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تختلع عن نفسها وان الامة لا تختلع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك

(٧) هكذا جمع النسخ ولعل الصواب يجب عليها فان العوض راجع للزوج فليتا مل اه مصححه

على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والاختلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلفت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث وأما الملهمة التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على أنه يجوز خلع المالكه لنفسها وشذأ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا بإذن السلطان

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقطروى عن الشافعي أنه كاية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وقائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليهم لم يكن لاقتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ انما على التي تنقض الفرقة الغالية للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الاقضاء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الاقضاء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الاقضاء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق فبسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما واقع ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر فنهال يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي وسبب الخلاف ان العدة عند الفردي الأول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أخذها من رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم يرتدف لم يرتدف ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة الاماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالوا ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له أن يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليست بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلعة وسبب اختلافهم اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدة الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدعى ومسائل هذا الباب كثيرة

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن منعه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بزوج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لافسخ والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فان كان غير راجع الى الزوجين بما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالإرضاع أو النكاح في العدة وان كان عالما ان فيه عليه مثل الرد بالصبي كان طلاقا

وبما يعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاما خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك ان التملك هو عنده تملك المرأة باقاع الطلاق فهو يحفل الواحدة فافوقها وذلك انه أن بناكرها عنده فيافوق الواحدة واختيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخيرا مقيدا مثل أن يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ففي الاختيار المطلق عن مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك الى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله ايها على تطليق نفسها ان في التوكيل له أن يعز لها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا أن ينويه وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان بناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في اختيار أو التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه اختيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري واختار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي يسلك من أمرى يسدى لعنت كيف أصنع قال فان الذي يسدى من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بهامدامت في عنتها وسألني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بغيرها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولورأت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التملك بسبب لأن ما جعل الشرع يسد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى بدل المرأة يجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التملك اذا أراد به

الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتحكيم أو بالتخير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخير والتحكيم واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللفظة ان من ملك انسانا أمرا من الامور ان شاء ان يفعلها أو لا يفعلها فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاري أو اختاري نفسك انه ظاهر لعرف الشرع في معنى الينونة بتخير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه انما كان الينونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التحكيم أن لم يردبه طلاقا اذ زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بينها وأما الشافعي فلم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية فبسبب الخلاف هل يغلّب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل في التخير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها في العدد أعني في لفظ التحكيم لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعي أنه اذا طلقت نفسها بتحكيمها باطلاقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحتمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما رأى أي بوضيعة انها بائنة لأنه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التحكيم فائدة ولما قصد هو من ذلك وأما من رأى ان لها أن تطلق نفسها في التحكيم ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التحكيم عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق وأما من جعل التحكيم طلقة واحدة فقط أو التخير فاما ذهب الى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياط للرجال لان العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لتقصان عقابهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق والثاني أنه يقع بينهما فرقة والثالث الفرق بين التخير والتحكيم فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخير الينونة وبالتحكيم مادون الينونة واذا قلنا بالينونة فقليل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقليل رجعية وقيل بائنة وأما حكم الالفاظ التي تجبب بها المرأة في التخير والتحكيم فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية ومحتملة وسياق تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق (الجلية الثانية) وفي هذه الجليلة ثلاث أبواب الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الاول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة الفصل الثاني في أنواع ألفاظ

﴿ الفصل الاول ﴾

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح واختلّفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر

الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النثر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فأمّا قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وماعدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الإبهمة الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالاته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازا اذهبنا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالاته وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق الإبهمة الألفاظ الثلاثة لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بهما على اللفظ الشرعي الوارد فيها فأما اختلافهم في أحكام صريح الطلاق ففيه مستلтан مشهورتان أحدهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها والثانية اختلفوا فيها فأما التي اتفقوا عليها فإن مالك والشافعي وأبو حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بأن قالت الآن تقترن بالحال فأول المرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل أن نسأله أن يطلقهما من رفاق هي فيه وشبهه فيقول لما أنت طالق وقفه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية وأما مالك فالشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لم ينو ههنا موضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سد النرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدق فيها دعي (وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وإدعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة أما اثنين وأما ثلاثا فقال مالك هو مانوي وقيل بزمه وبه قال الشافعي الآن يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمن لفظ الأفراد لا كتابة ولا تصريحاً وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحقق فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحقق ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقيل روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر بالنية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان

وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول به إطلاقاً بأن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومنه ما لك أنه اذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهية في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيمدون الثلاث لأن طلاقاً غير المدخول بها يأتي وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نواه فإن كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وإن كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي إلا أنه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده مطلقة واحدة بآئته وإن اقرنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرته الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقرنت بها هذه القرينة الأربعة حبلك على غاربك واعتدى واستبرأ وتغنى لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وإن نوى طلاقاً فيحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قولاً أنه يصدق بإطلاق وهو قول الشافعي وقولاً أنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقولاً أنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يرد دخلها بين الظاهر والمحمّل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة بينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول وأما ما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة أنه لم يرد به طلاقاً لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك ان هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وأما ما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو بينونة والبينونة لا تقع إلا على ما عنده في المشهور أو ثلاثاً واذ لم تقع خلماً لأنه ليس هناك عوض فبقي أن يكون ثلاثاً وذلك في المدخول بها ويخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بآئته وحجة الشافعي أنه اذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيمدون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله في كنياته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وإن كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث بركانة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وأما ما صار الشافعي إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى مدون الثلاث يكون رجعياً لحديث بركانة المتقدم وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائناً لأنه المقصود به قطع العصمة ولم يجزه ثلاثاً لان الثلاث معنى زائد على بينونة عنده فسبب اختلافهم هل يقدم عرف

اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البنوة فقط أو العدد فنقدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قسم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية وبما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال زوجته أنت على حرام وذلك أن مالكا قال يحمل في المدخول بهما على البت أى الثلاث وينبى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكفايات الطاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فإنه قال لا ينبى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأقوال فى هذه المسئلة والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة فهى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين بكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشئ هى كذب وقال بهذا القول الثورى والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى والقول الرابع أنه ينبى فيها فى اللوضعين فى ارادة الطلاق وفى عدده فان نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى والقول الخامس انه ينبى أيضا فى الطلاق وفى العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو قول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه والقول السادس انها يمين يكفرها يمين يكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلفة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقسمت عنها لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة خرج به البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق والأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلفة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظاهر وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية وليس يمين ولا كناية فهذه أصول ما جع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق

الفصل الثانى فى ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخول من قسمين اما تقيد بشرط أو تقيد استثناء والتقيد المشروط لا يخول ان يتعلق بمشئنة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شئ مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون فأما تعليق الطلاق بملشئنة فإنه لا يخول ان يعقله بمشئنة الله أو بمشئنة مخلوق فإذا علقه بمشئنة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله وعلى جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا ان يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء فى الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشئنة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فصل حاضر فن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا بشرط المشئنة فى الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه وأما ان علق الطلاق بمشئنة من تصح مشئنته ويتوصل الى علمها

بالجثة من الاحكام وما يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعق والنفود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطلق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قلف وكل ما جثته جوارحه فلازم له في حد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه ليس نصا في الزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور وأبو حنيفة وجعلت من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع وأما الرضا الذي يطلق طلاقا ثانيا ويموت من مرضه فإن مالك وجاعة يقول ترثه زوجته والشافعي وجاعة لا يرثها والذين قالوا بثورنها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت الميراث مادامت في العدة وعن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم طلاق الميراث مالم تزوج وعن قال بهذا أحد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أم لم تزوج وهو من مذهب مالك والليث وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد التراجع وذلك أنه لما كان المريض منهم في أن يكون انما يطلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد التراجع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد التراجع لحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قسوق فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يصح أن يقال ان في الشرع نوعان من الطلاق توجله بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لأن هذا يكون طلاقا موقوف للحكم الى أن يصح أو لا يصح وهذا كله مما يصح القول به في الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان ومهر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من رأى انها ترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالملقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة وأما من اشترط في ثوريتها لم تزوج فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلقت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فصانقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وروى في الاوزاعي بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى ائقدا قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا يخالف للأصول جدا

باب الثالث فمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق به

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء الا ان في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقض عددهن في الطلاق الرجعي وأنه لا يقع على الاجنبيات أعني الطلاق المطلق وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بصره التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهي ملاتي فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق وأخص وهو قول الشافعي وأبو داود

وجاعة وقوله انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجاعة
وقوله انه ان عم جميع النساء لم يزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه حتى مثل أن يقول كل امرأة
أزويجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك
اذا تزويجن وبسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود مالك متقهما بالزمان على الطلاق أم ليس
ذلك من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ومن قال ليس من شرطه الوجود
للمالك فقط قال يقع بالأجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسن مبنى على المصلحة وذلك
انه اذا عم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكأنه من باب
نظر المعصية وأما اذا خصص فليس الأمر كذلك اذا أزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية
أخرى لا طلاق فيا لا يملك ولا عتق فيا لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ بن جبل بن عبد الله وابن عباس ،
وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو بن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله
عنهم (الجلد الثالث في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت
أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بيان
الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

﴿ الباب الأول ﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار
رضاها لقوله تعالى (ويعولن أحق بردهن في ذلك) وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له
واحقوا على أنها تكون بالقول والأشهاد واختلفوا هل الأشهاد شرط في محضها أم ليس بشرط وكذلك
اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فأما الأشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب وذهب الشافعي إلى أنه واجب
وبسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي
الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الأشهاد فكان الجمع
بين القياس والآية حل الآية على النسب وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون
الرجعة الا بالعدل فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم
لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لأن الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك
وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فأما الشافعي فماس لرجعة على
النكاح وقال قد أمر الله بالأشهاد ولا يكون الأشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف من حيث
وأبي حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعية محالة بالوطء عنده قياسا على المولى مساهو على المظاهرة ولأن المالك
لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا فلا بد عنده
من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلق عليه
من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يتابعها ولا يدخلها بما لا يثبتها ولا يثبتها ولا يثبتها
ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرها وحكى ابن اعلم انه رجح عن الحاجة إلى كونه

وقال أبو حنيفة لا بأس ان تزين الرجعية لزوجه وتطيبه وتشوف وتبدي البنان والكحل
وبه قال الثوري وأبو يوسف والإزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة
من تنحج أو خفي نعل واختلقوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقه رجعية وهو غائب
ثم راجعها فيبيلنها الطلاق ولا تبيلها الرجعة فتزوج اذا اقصت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد
عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الإزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه
رجع عن القول الأول وانه قال الأول أولى بها الآن بدخل الثاني وبالقول الأول قال المدينيون من أصحابه
قالوا ولم يرجع عنه لأنه أتته في موطنه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه
مالك في الموطأ ومالك السفي والكرينيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا لزوجه الأول الذي ارجعها أحق بها
دخل بها الثاني أو لم يدخل وبه قال داود وأبو ثور وهو مروي عن علي وهو الاين وقدرى عن عمر
ابن الخطاب رضى الله عنه أنه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارجعها مخبر ببن ان تكون امرأته
أو ان يرجع عليها كما كان أصدقها وصحة مالك في الرواية الأولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب
عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم راجعها فيكفها رجعتها حتى تحمل
فتنكح زوجها غيره أنه ليس له من أمره شيء ولكن هل تنكح زوجها وقديس ان هذا الحديث انما يروى
عن ابن شهاب فقط وصحة الفرع الأول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وان لم يعلم بها المرأة
بدليل انهم قد أجمعوا على ان الأول أحن بها قبل ان تزوج واذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني
قاسدا فان نكاح الغير لا تأثيرة في ابطال الرجعة لا قبل السخول ولا بعد السخول وهو الاظهر ان شاء الله
ويشهد لهذا ما خوجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها
اننان فهي للاول لمنهما ومن باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما

باب الثاني

والطلاق البائن أم بامدادون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بخلاف وفي المختارة باختلاف وهل يقع
أيضادون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعنى في اشتراط الصداق
والوفى والرضا لأنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذفوم فقالوا المختلة لا تزوجها زوجها
في العدة ولا غيره وهؤلاء كلهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم
على أن المطامنة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال أنه طلق امرأته تيممة
بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها
فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه
رسلم فنهأ عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وتذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع
الى زوجها الأول بنفس العقد العموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح يطلق على العقد
وكما قال الله المختاتن يحلها الا الحسن البصري فقال لا تحل الا بوطء بازال وجهه والجمهور العلماء على أن
الوطء الذي يوجب الحد ونفس الصوم والحج ومحل المطامنة وبمحسن الزوجين ويوجب الصداق
والمناء اختاتن وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الولاء للبائع الذي يكون في العقد الصريح

في غير صوم أو حيض أو اعتكاف ولا يحل التسمية عند حماوطه زوج حتى يسلم ولاوطه منهم يكن بالغاً وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم محل ومحلوطه الذي التسمية للسلم وكذلك المجنون عندهم واختص الذي يبق له ما يغيبه في الفرج واختلاف في هذا كله آيل إلى هل ينقل اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الفسوخ وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود وسجاعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثاً وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أي ليس يحللها وهو قول ابن أبي ليلى وروى عن الثوري واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم لمن أتته المحلل والمحلل له فلعنه إياه كلعه أكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهي عنه واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ناكح وقالوا وليس في محرم قصد التحليل ما يدل على أن عسمة شرط في صحة النكاح كما أن ليس النهي عن الصلاة في الدار المنصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البغية أو الأذن من مالها في ذلك قالوا وإذا دل النهي على فساد عقد النكاح فحسب أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن قصدها معنى مع أن الطلاق ليس يبيدها واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل بعند الإطلاق الأول أم لا فن رأى أن هذا نكح يخص الثالثة بالسرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث وأنه أعلم (الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بيان الأول في العدة الثانية في المتعة

❦ الباب الأول ❦

والنظر في هذا الباب في فصلين الفصل الأول في عدة الزوجات الفصل الثاني في عدة ملك العيّن

❦ الفصل الأول ❦

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين أحدهما في معرفة العدة والثاني في معرفة أحكام العدة (النوع الأول) وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يحل أن تكون مدخولاً بها وأبو حنيفة لا مدخول بها فإما غير المدخول بها فلا عدة عليها إجماع لقوله تعالى (فإنكم عاين من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يحل أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض يغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهم في الحيض إما من نفقات الحيض وإما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما من ثياب بالجل أي بحس البطن وإما غير ممر ثياب وغير الممر ثياب إما معروفات بسبب قطع الحيض من رضاع أو مرض وإما غير

معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجارية في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل
منهن عدتهن وضع حملهن وبالياسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه
في قوله تعالى (والملقات يربصن بأقسن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللوات يسنن من
الحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار
أعني الامنسة التي بين السنين وقال قوم هي الدم نفسه وعن قال ان الأقراء هي الاطهار أما من فقهاء
الامصار فالك والشافعي ومحمد بن هاشم للسننة وأبو ثور وجاعة وأما من الصحابة فابن عمرو وابن ثابت
وعائشة وعن قال ان الأقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي
ليلى وجاعة وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري وحكي الأثر
عن أحمد أنه قال الأكار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الأقراء هي الحيض وحكي
أيضاً عن الشعبي أنه قال أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أحمد
ابن حنبل فاختلف الرواية عنه فروى عنه أنه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر
وعائشة ثم توقف الآن من أجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المهين هو ان من
رأى انها الاطهار رأى انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للزوج
ومن رأى انها الحيض لم يحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال
في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء
في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالتين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر
وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحسبوا ذلك عن ابن الانباري وأيضاً
فأنهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لمائتة في جمعه الهاء
لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فبادون العشرة وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القرء
مشتق من قرأت الماء في الخوض أي جعلته فزمان اجتماع اسم هوزمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به
الفريق الأول من ظاهر الآية وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فأنهم قالوا ان قوله تعالى
(ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لأنه ليس بنطلق اسم القرء على بعضه الانحوزا واذا وصفت
الاقراء بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لأنها عندهم تعدد بالطهر
الذي تطلق فيه وإن مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الانحوزا واسم
الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الأقراء هي الحيض لأن الاجماع منعقد
على انها انطلقت في حيضة انها لا تعتبرها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ
القرء والذي رضىه الحذاق ان الآية بجملة في ذلك وان الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى
ما تمسك به من رأى ان الأقراء هي الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره
فلياربعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقتها ان شاء قبل أن يمسه فذلك العدة التي أمر
الله أن يطلق لها النساء قالوا اجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه
الصلاة والسلام فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هي الاطهار

لكي يكون الطلاق متصلاً بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أي فتلك مدة استقبال العدة
 لثلاثين بعض القرء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني ان العدة انما شرعت لبراءة
 الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام فالحيض
 هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هي الحيض واحتج من قال الاقراء هي الاطهار
 بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلامعنى لاعتبار الحيضة
 الاخيرة واذا كان كذلك فالثلاث للمعتبر فيهن النمام أعنى المشترط هي الاطهار التي بين الحيضتين
 ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومنه ذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وسميهم من جهة المسموع
 متساوية وأقرب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هي الاطهار انما تنقضي بدخولها في الحيضة
 الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فتقضي باقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الأوزاعي
 وقيل حين تغتسل - الحيضة الثالثة - وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن مسعود ومن الفقهاء
 الثوري
 ح يعضى وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها
 بل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة
 الر.

سد فهذه هي حال الحائض التي تحيض وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض
 ربية حل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض
 مدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت
 اتطاره فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل
 الثلاثة الأشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت بثلاثة
 أشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجه اعلمها
 الرجعة ما لم يحل واختلف عن مالك من متى تعدد بالتسعة أشهر فقبل من يوم طاعت وهو قوله في الموطأ
 وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها
 وهي لا تياس منهن في المسأله انما يتبقى أبدأ تنتظر حتى تدخل في السن الذي نياس فيه من المحيض وحينئذ
 تعدد بالأشهر ويحيض قبل ذلك وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور
 قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم
 غلبا بالبدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي
 قاطعة على ذلك ثم تعدد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض
 واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة الى ان تمضي لها ثلاثة اقراء وأما الجمهور فصاروا
 الى ظاهر قوله تعالى (واللائي يسنن من المحيض من نساكن ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتي هي
 من أهل الحيض ليست يائسة وهذا الرأي فيه عسر وجرح ولوقيل انها تعدد بثلاثة أشهر لكان جيدا
 اذا فهم من اليائسة التي لا يقطع باقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض
 على ما تأوله مالك عليه فكان مالك لم يطابق منهجه تأويل الآية فانه فهم من اليائسة هنامن تقطع
 على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا

الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككم فى حكمهن ثم قال فى التى تنقئ تسعة أشهر لا تحيض وهي فى سن من تحيض انها تعتمد بالأشهر وأما الساعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الرية ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يش منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية منهم الذى هو مذنب مالك ونعم ما فعلوا لأنه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعديه حتى تكون فى هذا السن أعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتمد التى انقطع دمها عن العادة وهي فى سن من تحيض بالأشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لأن اليائسة فى الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعد هافاستمسان وأما التى ارفقت حيضها بسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضها لغير سبب وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين السمين فان ميزت بين السمين فعنه روايتان احدهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعد بالأقراء وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء ان عيزت لها وان لم تميز لها فتلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاجر القاتن من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضها فى حمتها وانما ذهب مالك الى ماء السنة لأنه جعلها مثل التى لا تحيض وهي من أهل الحيض والشافعى انما ذهب الى ما ذهب اليه على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاعسلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لقاطمة بنت حبيش اذا كان دم الحيض فانهم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فنوضئ وصلّى قائما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم فى الاغلب انها فى كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه وأما المسترابة أعنى التى تجلس حسا فى بطنها تظن به أنه جل فانها تمسك أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل فى المنهأ أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يوضن حملهن) وأما الزوجات غير الحوامل فانهن ينقسمن أيضا بتلك الاقسام بعينها أعنى حيضوا يائسات ومستحاضات ومر ففغات الحيض من غير يائسات فأما الحيض اللاق يائتهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيفتان وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيفات ولا بد حيفتين فأهل الظاهر اعقدوا عموم قوله تعالى (وللطافات يرضن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهي عن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتقد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس النشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه من متصفا مع الرق وانما جعلوا حيفتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبع وأما الأمة المطلقة يائسة من الحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثرا أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجاعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا واضرب قوله فرقة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس فى ذلك واحد

وأما التي ترتفع حيثهما من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرية واختلاف في ذلك وكذلك المستعاضة
 وانفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لأعدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي
 ثم طارها قبل أن يسهله تستأف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الأمصار تستأف العدة وقالت فرقة
 تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قول الشافعي وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة
 مستأفة وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهتم العدة وإن لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعي
 إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى وقول الشافعي أظهر وكذلك عند مالك رجعة
 الممسر بالنفقة تنقح صحتها عندة على الاتفاق فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقاً وإن
 لم ينفق بقيت على عدتها الأولى وإذا تزوجت ثانياً في العدة ضمن مالك في ذلك روايتان أحدهما تدخل
 العدتين والأخرى نفيه فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم لأن ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية
 كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة وإذا اعتقت الأمة في عدة الطلاق وضت
 على عدة الأمة عند مالك ولم تنتقل إلى عدة الحرية وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون الباش
 وقال الشافعي تنتقل في الوجهين معا وسبب اختلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها
 فمن قال من أحكام الزوجية قال لا تستقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تستقل كالأولاعتقت
 وهي زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين الباش والرجعي فيمن وذلك إن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة
 ولذلك وقع فيه للبراث باتفاق إذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي وأنها تنتقل إلى عدة الموت فهذا هو
 القسم الأول من قسمي النظر في العدة (القسم الثاني) وأما النظر في أحكام العدة فانهم اتفقوا
 على أن للعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعات (أسكنوهم من حيث
 سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن)
 واختلفوا في سكنى المبتونة ونفقتهما إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحها أن لها السكنى والنفقة
 وهو قول الكوفيين والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد ودلود وأبي ثور واسحق
 وجاعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجاعة وسبب اختلافهم
 اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب فاستدل من لم يوجب لها نفقة
 ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خروجه مسلم وفي بعض الروايات أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن علي
 وابن عباس وبار بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك
 في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة
 وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكرفيها إسقاط السكنى فيبقى على عمومته في قوله تعالى
 (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعلوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تعتد في بيت ابن
 أم مكتوم بأنه كان في لسانها بدءاً وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها
 بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة

الطلاق ليس يبدأ بحسوى الزوج أو من يوكله الزوج واختلاف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثاً فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال شيب والمنيرة تكون ثلاثاً إن طلقها ثلاثاً والأصل إن الطلاق يبدأ بالرجل الآن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روي في حديث علي هذا أنه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما إن رأيكما أن يجمعا جمعتهما وإن رأيكما أن تفرقا ففرقتهما فقالت المرأة رضيت بكاتب الله وبمافي له وعلي فقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما قرت به المرأة قال فاعتبر في ذلك أذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليماً ﴾
﴿ كتاب الإيلاء ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والإيلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطلق زوجته أمام مدعيها أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو يطلق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للولي أم إنما تطلق بان يوقف بعد الأربعة الأشهر فإمضاء وإما طلق ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين أم باليمين المباحة في النحر فقط ومنها أن أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولياً أم لا ومنها هل المولى هو الذي قيد يمينه بعهدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد يمينه بعهدة أصلاً ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي ومنها أن أبي الطلاق والنيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يشكر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حدث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها في العدة أم لا ومنها هل إيلاء لعبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تزرعها عدة أم لا فهذه هي مسائل اختلاف المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الأمصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الأصول ونحن نذكر خلافتهم في مسئلة مسئلة منها وبعين أدلتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدنا

(المسئلة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف فإمضاء وإما طلق فإن مالكاً والشافعي وأحمد وأبو نوري ودود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر فإمضاء وإما طلق وهو قول علي وابن عمر وإن كان قد روي عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن ينيء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فإن طأها فإن الله يغفور رحيم) أي فإن طأها قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) أن لا ينيء حتى تنقضي المدة فمن فهم من اشتراط الفية اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أي باللفظ (فإن الله سميع عليم) ولما لكية في الآية أربعة أدلة أحدها أنه جعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة الدليل الثاني أن

لله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا بحجوزا أعنى ليس ينسب اليه على منذهب
الحنفية الا بحجوزا وليس يعتبر الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا
الطلاق قالت الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ
لا بانتضاء المدة الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان قالوا فان الله غفور رحيم) ظاهرة فى معنى التعقيب
فدل ذلك على أن النفقة بعد المدة وربع ما شبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فإنه اعقد فى ذلك
نسيبه هذه المدة بالعدة الرجعية اذا كانت العدة انما شرعت لتلايق منه ندم وبالحجة فشبها الايلاء
بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقدرى ذلك عن ابن عباس (المسئلة الثانية)
وأما اختلافهم فى الميئن التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل ميئن وقال الشافعى لا يقع
الا بالايمن المباحة فى النسرع وهى الميئن بالله أو بصفتين صفاته فمالك اعقد الصوم أعنى عموم قوله
تعالى (للميئن يؤلون من نسأهم تربص أربعة أشهر) والشافعى يشبه الايلاء بميئن الكفارة وذلك
ان كلا الميئين يرتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون الميئن التى ترتب عليهما حكم الايلاء هى الميئن
الذى يرتب عليها الحكم الذى هو الكفارة (المسئلة الثالثة) وأما حقوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك
الوطء بنصر ميئن فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بنصر ميئن ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار
ترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعقدوا الظاهر ومالك اعقد المعنى لان الحكم انما يلزمه
باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد ميئن أو بنصر ميئن لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعا
(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم فى مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب
أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذا كان الذى عنده انما هو بعد الاربعة الأشهر وأما أبو حنيفة
فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الأشهر فقط اذا كان الذى عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبى
ليلى الى انه اذا حلف وقتما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الاجل الى انتضاء الاربعة
الأشهر من وقت الميئن وروى عن ابن عباس ان للولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأيد
والسبب فى اختلافهم فى المدة اطلاق الآية فاختلفهم فى وقت التى وفى صفة الميئن ومدته هو كون الآية
عامة فى هذه المعانى أو بمحالة وكذلك اختلفهم فى صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سأتى بعد
وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هى أركان الايلاء أعنى معرفة نوع
الميئن ووقت التى والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه (المسئلة الخامسة)
فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى انما رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالنسرع انه يحتمل
على انه رجعى الى ان يدل الدليل على انه باتى وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو باتى قالوا وذلك انه ان كان
رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف ما روضة المصلحة المتصودة
بالايلاء للاصل المعروف فى الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال باتى
المسئلة السادسة وأما هل يطلق القاضى اذا أبى التى أو الطلاق أو يجبس حتى يطلق فان مالكا
قال يطلق القاضى عليه وقال أهل الظاهر يجبس حتى يطلقها بنفسه وسبب الخلاف ما روضة الاصل
المعروف فى الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف فى الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن

راعى الضرر الداخلى من ذلك على النسء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك (المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقتا ثم راجعا فان مالك يقول اذا راجعا فلم يبطأها تكرار الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجاعة العلماء على أن الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة التيمين والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لافى نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء (المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منهاعدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة أشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروي عن ابن عباس ويحتمل ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعدت كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة (المسئلة التاسعة) وأما ايلاء العبد فان مالك قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وملاقفه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق اليمين بالحر والعبد سواء والا يلاء يمين وقياسا يضاعف على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخلى على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبدا وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيب وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحا ومدة الايلاء انما ضربت جعابين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأبغى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد قالوا بوجوب التسوية والذين قالوا بتأخير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا اعتقت وقد ألى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجمع ملها لا ايلاء عليها فان وقع وتمددى حسبت الاربعة الاشهر من يوم باغت وانما قال ذلك لانه لا يضر عليها فى ترك الجماع وقال أيضا لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع (المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطاء فى العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطاء فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده لعمامتها وبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعه انما عفى العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤتم الايلاء من وقت الرجعة أعنى تحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الادلى منه من

يرى ان الإيلاء يكون بغير عيّن وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة وأما مالك فإنه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فإن حصة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارجع فان رجعته تعتبر بمعناها يساره فبسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أو جب فيها تجديد الإيلاء ومن شبه هذه الرجعة رجعة الخاطئ لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يتي على الأصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والأصل في الظهار الكتاب والسنة فلما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) الآية وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت طاهر مني زوجي أوس بن الصامت جئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكوا إليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فإنه ابن عمك فاستجبت حتى أزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ونشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقية قالت لا يجحد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا أعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينا خرج أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في ألفاظ الظهار ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرار النكاح ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ومنها القول في أحكام كفارة الظهار

﴿ الفصل الأول ﴾

واتفق الفقهاء على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من يحرم عليه من المحرمات النكاح على التأنيد غير الام فقول مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهارا الا باقظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر إليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوي فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فإنه يقتضي ان لا يسمى ظهارا الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام وأما اذا قال هي علي كأمي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لأنه قد ير يد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار وأما من شبه زوجته بأجنبية لا يحرم عليه على التأنيد فإنه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تسببه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما شرط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) وهو من في معنى وجوب تمام الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار بسببه الكفارة

بني العيين فكان أن الكفارة انما تنزيم بالخالفات وبارادة المخالفة كذلك الأمر في الظهار وحنه مجاهد وطاوس
أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشديدها بكفارة القتل والغطر وأيضا
فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية ففسخ نحرجه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا)
والعود عندهم هو العود في الاسلام فأما القاتلون باشتراط العود في إيجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه
ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات أحدها أن العود هو أن يعزم على امساكها والوطء معا
والثانية أن يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد
والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء وهي أضعف الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك
نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن اقامته زمانا
يمكنه أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه وهو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر
العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فليل الرواية المشهورة
لمالك يبنى على أصليين أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن وجوب الكفارة فيه انما يكون بآرادته
العودة إلى المحرم على نفسه بالظهار وهو الوطء وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي
أما الوطء نفسه وأما العزم عليه وإرادته والأصل الثاني انه ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء
بقوله تعالى في الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يجاسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان
العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالعود
عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود
لا يتناول يكون تكرار اللفظ على ما رآه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون
تكرار اللفظ لأن ذلك تأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء
فان الامساك موجود بعد فقد بقي أن يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فمما أراد الوطء
فتثبت ان العود هو الوطء ومعتقد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان
الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمهما واحدا وهو قرب من الرواية
الثانية وبما استدل الشافعية على أن ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع
بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية لجعل العود هو ارادة
لآخرين جبراً أعنى الوطء والامساك وأما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتقد فيها
نفيه الظاهر باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا وهو قاس شبه عارضه
نص وأما داود فانه تنطق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك تنفي الرجوع الى
المول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي
حتى في الآية ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتقد
مفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وأؤثره معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا)
من اناء ومامن اعتقد انظر فانه جعل العودة تكرار اللفظ وأن العودة الثانية انما هي نانية للاولى
أي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فلا شبهة أن يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة

كما اعتقد ذلك مجاهد إلا أن يقدر في الآية محذوفا وهو ارادة الاسماك فهذا اذا ثلاثة مذاهب اما أن تكون العودة هي تكرار اللفظ واما أن تكون ارادة الاسماك واما أن تكون العودة هي التي في الاسلام وهذا ان ينقسم قسمين أعنى الأول والثالث أحدهما أن يقدر في الآية محذوفا وهو ارادة الاسماك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة واما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظاهر واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الاسماك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا لجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الاسماك بزمان طويل على ما رآه الشافعي وحكى عن عثمان البتي أن عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذا يخالف للنص والله أعلم

﴿ الفصل الثالث ﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الأمة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثوري وجاعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الأوزاعي ان كان يطاء أمته فهو منها مظهر وإن لم يطاءها فهي بمن وفيها كفارة بمن وقال عطاء هو مظهر لكن عليه نصف كفارة فنيل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاماء من النساء وصحة من لم يجعله ظاهرا انهم قد أجمعوا ان النساء في آية الظهار (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) هن ذوات الأزواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار فبسبب اختلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار وأما هل شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه وإن من عين امرأة تابعينها وظاهر منها بشرط التزوج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أي وذلك بخلاف الطلاق وقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وقال قاتلون لا يلزم الظهار الا فيا يملك الرجل ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداد وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه مظهر وهو أن يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أي فان قيل يلزمه وهو أن يقول ان تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الأول قوله تعالى أو فوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيا يملك ولا عتق الا فيا يملك ولا بيع الا فيا يملك ولا ولاء بنذر الا فيا يملك خرجهم أبو داود والترمذي والظهار يشبه بالطلاق وهو قول ابن عباس وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا أن التعميم في الطهار من باب الحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون

منها ظهار وهو قول مالك والشافعي والثاني أن عليها كفارة يمين والثالث أن عليها كفارة ومعتقد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن أئزم المرأة الظهار فتشبهها بالظهار باليمين ومن فرق فلا نمرأ أقل اللازم لما في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف وسبب اختلاف تعارض الاشباة في هذا المعنى

﴿الفصل الرابع﴾

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء واختلّفوا في أدونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظرا فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع بمادون الجماع من الوطء فيمادون الفرج والمواضع التي لا يدخل فيها ما عدا وجهها وكفها وبديهما من سائر بدنهما ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة إلا أنه ذكره النظر للفرج فقط وقال الشافعي إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط الجمع عليه لا ماعدا إذا وبه قال الثوري وأحمد وسجاعة ودليل قول مالك قوله تعالى (من قبل أن يجامسا) وظاهر لفظ التام يقتضي المباشرة فافقوه لولا أنه يضاف حرمته به عليه فاشبهه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي أن المباشر كناية هيئتا عن الجماع بدليل اجتماعهم على أن الوطء محرم عليه وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوقه الجماع لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع وإما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أن هذا على الجماع فاشتقت الدلالة المجازية إذ لا يدل لفظ واحد لاثنتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وإن كان لم يجز به عادة العرب ولتلك القول به في غاية من الضعف ولوعلم أن للشرع فيه نصرا فاجاز وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج

﴿الفصل الخامس﴾

وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعني إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يصلح له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعد ما فعله الكفارة وقال الشافعي إن راجعها في العدة فعليه الكفارة وإن راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها تكسحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يرجع هل تبني تلك اليمين عليه أم لا وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهضمها أولا يهضمها فتمهم من رأى أن البائن الذي هو الثلاث يهضم وإن مادون الثلاث لا يهضم ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم

﴿الفصل السادس﴾

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة فإن فيه أيضا اختلافا فابن حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكمان لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن وبه قال الأوزاعي وأحمد وسجاعة وقال مالك يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا وقال الثوري يدخل الإيلاء على الظهار وتبين منه باقتضاء الأربعة أشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال قول أنه يدخل بالطلاق وقول أنه لا يدخل بالطلاق وقول أنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع علمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان

ومن اعتبر المعنى قال بتداخله إذا كان قصد الضرر

﴿ الفصل السابع ﴾

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط للمصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فأما أنواعها فأنها جموع على أنها ثلاثة أنواع اعتناق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكينا وانما على الترتيب فالاعتناق أولا فإن لم يكن فالصيام فإن لم يكن فالإطعام هذا في الحر واختلفوا في الم婢 هل يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعني إذا عجز عن الصيام فأجزأ لعتقه ان أذن له سيده أو ثور ودأود وأبي ذلك سائر العلماء وأما الإطعام فأجزأه مالك ان أطعم بأذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومعنى اختلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولا يملك وأما اختلافهم في الشروط المصححة فنها اختلافهم إذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة بستاناف الصيام إلا أن أحنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال وسبب اختلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والسرط الذي يورد في كفارة الظهار أعني أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لأن الكفارة في اليمين ترفع الحنث بملوقوعه عاتق ومنهله من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الأجزاء وقال أبو حنيفة يجزى في ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتناق الوثنية وللمنة دليل القريني الأول انه اعتناق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتناق في كفارة القتل يورد بماتوا ان هذا ليس من باب القياس وإنما هو من باب حل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد وهذا النوع من حل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يبيحونه وذلك ان الأسباب في التضمنين مختلفة وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عندهما أن يحمل كل على لفظه ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون مسلمة من العيوب أم لا ثم ان كانت مسلمة فمن أي العيوب نشترط صلاحها فالتى عليه الجمهور ان العيوب تأثيرا في منع أجزاء العتق وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالانسان والمدايا ليكون القربة بمجموعا وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية فسيب اختلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان العيوب تأثيرا في منع الأجزاء اختلفوا في عيب عيب ما يتبر في الأجزاء وأوعلمه أما العمى وضعف البدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للأجزاء واختلفوا في ذلك فنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجزأه أبو حنيفة ومنه مالك والشافعي وأما الاور فقال مالك لا يجزى وقال عبد الله لك يجزى وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعي يجزى وأما الاصم فاختل فيه في منهج مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى وأما الاخرس فلا يجزى عنده مالك وعن الشافعي في ذلك قولان أما الجنون فلا يجزى أما الخصى فقال ابن القاسم لا يبيحني الخصى يقال غيره لا يجزى وقال الشافعي يجزى واعتناق الصبر جاز في قول عامة فقهاء الأمم وسكنى عن بعض

المتقدمين منه والعرج الخفيف في المذهب يجرى وأما الدين العرج فلا والسبب في اختلافهم في قدر النص المؤثر في القرية وليس له أصل في الشرع الاضحايا وكذلك لا يجرى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرر رقبة) والتحرر هو ابتداء الاعتاق وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيها لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجر وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجرى به عتق مدبره فقال مالك لا يجرى به تشبيها بالكتابة لانه عقد ليس له حل وقال الشافعي يجرى به ولا يجرى عند مالك اعتناق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى أما عتق أم الولد فلان عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما فديطرأ عليهما الفسخ أما في الكتابة فن الحجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فإذا ضاق عنه الثلث وأما العتق إلى أجل فإنه عقد عتق لا سبيل إلى حله واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجرى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أو جزأ فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شرائها ولو بذل القبة فيها على وجه العتق فإذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأته ان إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى اعتاقه فلا يجرى به فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهو لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلما يسمى معتقا باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الأول والآخر بالعكس واختلف مالك والشافعي فمن أعنتق نصفين عتق فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لأنه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجرى لسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص فمن مالك في ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مذهبهم لكل واحد ذلك مذهبنا محمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مذهبنا وثالث وأما الرواية الثانية فذهب مالك مسكين محمد النبي صلى الله عليه وسلم وبما قال الشافعي فوجه الرواية الأولى اعتبار الشيع غالبا أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة العيين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجب في هذه الكفارة وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع إتمامها فهذا اذا ظهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجرى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فمن مالك أنه يجرى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة ان فيهما من الكفارات بعد المظاهر منه ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فأكثر فمن شبهه بالطلاق واجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالإيلاء أو جب فيه كفارة واحدة وهو بالإيلاء أشبه ومنها اذا ظهر من أمراته في مجلس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الأوزاعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع

الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة وفي وقت واحد والمتعدد بخلاف هو الذي يكون باثنين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظهر من امرأته ثمسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد واسحق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد ان في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بإمرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لأنه وطئ وطأ محرما وهو مروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقديق انه لا يلزمه شيء لاعن العود ولا عن الوطء لأن الله تعالى اشترط محبة الكفارة قبل المسيس فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بأمر محمد وذلك معدوم في مستاتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام

كتاب اللعان

والقول فيه يشقل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها الفصل الثاني في صفات للتلاعنين الثالث في صفة اللعان الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه الخامس في الاحكام اللازمة لتعام اللعان فأما الاصل في وجوب اللعان أما من الكتاب ففعله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادا الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فخارواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر الجعفي اذ جاء الى عاصم بن عدي الجعفي رجل من قومه فقتله باعاصم أرايت رجلا وجسمع امرأته رجلا أيقته فقتلونه أم كيف يفعل ليلى يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جمع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخبر قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أتهدى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجسمع امرأته رجلا أيقته فقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنعم الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة التلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفرائض موجبا

للحقوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفعونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان
فاللعان حكم ثابت بالكاتب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك اعلمه فهذا هو القول في اثبات

حكمه

وأما صور الدعوى التي يجب بها اللعان فهي أولا صورتان احدهما دعوى الزنا والثانية في الجمل
ودعوى الزنا لا يتخلو أن تكون مشاهدة أعني أن يدعى أنه شاهد هاتري كما شهد الشاهد على الزنا وتكون
دعوى مطلقة واذا نفي الجمل فلا يتخلو أن ينفيه أضافيا مطلقا أو يزعم أنه لم يقر بها بعد استبرائها فهذه أربعة
أحوال بسائط وسائر الدعوى مركبة عن هذه مثل أن يرميها بالزنا ونفي الجمل أو ثبت الجمل ويرميها بالزنا
فأما وجوب اللعان بالتقيد بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم أنه لم يطأها بعد
وأما وجوب اللعان بمجرد التقيد فالجمهور على جوازه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم
وأما المشهور عن مالك فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد التقيد وقد قال ابن القاسم أيضا أنه يجوز وهي أيضا
رواية عن مالك وحجة الجمهور قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ولم يخص في الزنا صفة دون
صفة كما قال في إيجاب حد التقيد وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله في حديث سعد
أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه جافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله
يا رسول الله لعمر أبي بصير سمعت بأذي فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء بهواشتد عليه فنزلت
(والذين يرمون أزواجهم) الآية أيضا فإن الدعوى يجب أن تكون مبنية كالشهادة وفي هذا الباب فرع
اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها جمل بعد اللعان فمن مالك في ذلك روايتان احدهما سقوط الجمل عنه
والأخرى لحوقه به وانفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة لللعان رؤية الزنا أن تكون في العصمة
واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا لم يكن بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعي
والأوزاعي وجاعة بينهما اللعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولدا واحدا وقال مكحول والحكم
وقائدة يحد ولا يلان وأما نفي الجمل فإنه كما قلنا على وجهين أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يطأها
بعد الاستبراء وهذا لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة
حيضة وأما نفيه مطلقا فالجمهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود
وقالوا لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحصل مع رؤية الدم وحكي عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز
نفي الجمل مطلقا من غير قذف واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الجمل فقال الجمهور ينفيه
وهي حامل وسرط مالك أنه متى لم ينقه وهو حمل لم يجوز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم
الزوج بالجل فأكمنه الحاكم من اللعان فلم يلان لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة وقال أبو حنيفة لا ينفي
الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود أنس وسهل
ابن سعد أن النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين الثلاثين قال ان جاءت به على صفة كذا
فأرأه الا تصدق عليها قالوا وهذا يدل على أنها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة أبي حنيفة ان الجمل
قد ينشئ ويضمحل فلا وجه لللعان الاعلى يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علم ان ظهور الجمل أحكاما
كثيرة كالنقمة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند أبي حنيفة أنه يلان

وان لم ينف الجمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة والذين أوجبوا اللعان في وقت الجمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراس وذلك هو أقصى زمان الجمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذ لم يزل منكرا له وبقرير من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الجمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حدد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الجمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان أقصر مدة الجمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قربها ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم به في مدة العصمة فآزاد على أقصر مدة الجمل وهي الستة أشهر أعني ان يولد المولود لسته أشهر من وقت الدخول أو مكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا أن ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لأنه انما اعقد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراس وهذه المرأة قد صارت فراسا له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معطلة وهذا نفي ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالجل فسنه في ذلك ثلاث روايات احدها انه لا يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن والثانية انه يلاعن وينفي الولد والثالثة انه يلحق به الولد ولا يلاعن ليرأى الحد عن نفسه بحسب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا أيضا من هذا الباب في فرع وهو اذا أقام الشهود على الزنا هل يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود ولا يلاعن لأن اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لأن الشهود لا تأثر لهم في دفع الفراس

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانوا أو عبيدين أو أحدهما حر والآخر عبد محمدين كانوا أو عديدين أو أحدهما مسلمانا وكان الزوج مسلما والزوجة كفاية ولالعان بين كافرين الا أن يترافعا لينا وعن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عديدين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطا ومعقد الخنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد ساء لهم الله شهادته لقوله (فشهدا أحدهم أربع شهادات باينة) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشهوا من يجب عليه اللعان ممن يجب في قذف الحد اذ كان اللعان انما وضع لمرء الحد مع نفي النسب وور بما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدنين والكافرين والجمهور

يروى به يمين وان كان يسمى شهادة فان احدا لا يشهد لنفسه وأما ان الشهادة هي بغير عهدا يمين فثبت
بين في قوله تعالى (اذلجاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانكم جنة) وأجمعوا على جواز
لعان الاعمي واختلقوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة
لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما صفة اللعان فتتقرر به عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه
ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد أتيتها نذري وإن ذلك الجليل ليس مني وقول في الخامسة
لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات بتقيض ما شهده به ثم تخمس بال غضب
هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان
أشهاد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أمثاله والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك الامانص عليه من هذه
الالفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط محتمه أن يكون بحكم حاكم

﴿ الفصل الرابع ﴾

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى
(والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبى والزوجة وقد جعل اللعان للزوج مقام الشهود
فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من فنف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر
وغیره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام ان قتلت قتلت وإن نطقت جللت وإن سك
سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض
لايجابه زيادة في النص والزياة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الأحاد قالوا أيضا لو وجب
الحد لم ينفعه اللعان ولا كان له تأثير في اسقاطه لأن اللعان يمين فلم يسقط به الحصن الأجنبي فكذلك
الزوج والحق ان اللعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة
ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيها هو العذاب الذى يندرى عنها باليمين ولا اشتراك الذى فى اسم
العذاب اختلقوا أيضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور انها يحد وحدها
الرجم ان كان دخل بها وحبس فيها شروط الاحسان وان لم يكن دخل بها فالحد وقال أبو حنيفة اذا نكلت
وجب عليه الحبس حتى تلاعن ويحتمه قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا بأحدى ثلاث زنا
بعد احسان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم ترده الاصول
فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحري أن لا يوجب بذلك سفك
الدماء وبالجملة فقاعدة السماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق الا بالبيئة العادلة أو بالاقرار ومن الواجب
الاخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف
أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واقفقوا على انه اذا أكتب نفسه
حد والحق به الولدان كان نفي ولدا واختلقوا هل ان راجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقه نجب
باللعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور

فقهه الامصار انهما لا يجتمعان أبدا وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجعلة اذا كذب نفسه جلد الحذر وكان خطيبا من الخطباء وقد قال قوم ترد اليه امرأته وحجة القرية بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا كذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب للموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

الفصل الخامس

فأما موجبات اللعان فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل منها هل يجب الفرقة أم لا وإن وجبت متى يجب وهل يجب بنفس اللعان أم بحكم الحاكم وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ قذهب الجهور الى أن الفرقة تنع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيارواه مالك عنه فكانت تلك سنة للتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الأحاديث لأن في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فإن اللعان انما شرع للمرأة عند القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالينة وحجة الجهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما وجب أن لا يجتمعا بعدها أبدا وذلك ان الزوجة مبنها على المودة والرحمة وهؤلاء قد علموا ذلك كل العلم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح وأما متى تنع الفرقة فقال مالك والليث وجعلة انها تنع اذا فرغ جميعا من اللعان وقال الشافعي اذا اكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تنع الا بحكم الحاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين التلاعنين وقال حسابكما على الله أحكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانهما لم يضرأه الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو الموثر في نفي النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق وجعتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما انفرد بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فرائى ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم يرد ذلك أن فريقا النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لأنه يادر بنفسه فطلق قبل ان يتجره بوجوب الفرقة والأصل ان لا فرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعني متفقا عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة (٧) قال بإيجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أولم يشترطه فتدرد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها وأما المستلة الرابعة وهي اذا قلنا

(٧) هكذا الأصول ولعل فيه سقطا هكذا ومن قال بالمفهوم قال بإيجابها تأمل اه مصححه

ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق قالت القائلين بالفرقة اختلقوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بأن وجهه مالك تأييد التحريم به فاشبه ذات المحرم وأما أبو حنيفة فشبها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم ما حكم

كتاب الاحداد

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الاحسن وحده واختلفوا في ما سوى ذلك من الزوجات وفي ما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكأية والصغيرة والكبيرة وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكأية ابن نافع وأشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي أعني انه لا احداد على الكأية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكأية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالك قال لا احداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب وأما الشافعي فاستحسنه للطلق ولم يوجب به وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجلعة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالخلى والكحل الاما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا لسواد فانه لم يكره مالك طالبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه مالم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار والجلعة فأقاريل الفقهاء فيما يجتنب الحادة متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجلعة البهيم وانما صار الجهور لا يجاب الاحداد في الجلعة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهأ حديثاً أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفككتن حلما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا من زين أو ثلاثا كل ذلك يقول طلائع قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترمي بالبررة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب ففسحت به عارضتها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر محمد على ميت فوق ثلاث لبال الاعلى زوج أربعة أشهر وعشر افليس فيه حجة لأنه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الأمر اذ اورد بعد الخطر خلاف بين المتكلمين أعني هل يقتضي الوجوب والاباحة وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحمد الاعلى زوج

قال بشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك السكانية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين ياتفاق احدهما الاحداد والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بقبيلها والحاجة الى استعمالها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم في المكاتبه فمن قبل تردد هابن الحرة والامة وأما الامة ملك العبيد وأم الولد فأنما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد الاعلى زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجب على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالطاهر المنطوق به ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا يتشوف اليها الرجال في العدة ولا تشوف هي اليهم وذلك سد للريسة لمكان حفظ الانساب والله أعلم بكل كتاب الطلاق والجد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عدة لجميع أنواع البيوع أولاكثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء (الجزء الاول) تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاكثرها الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت السادس نذكر فيه نوعان من البيوع بما يخص من الصحة والفساد وأحكامهما (الجزء الاول) ان كل معاملة رجحت بين اثنين فلا يتخلوا ن تكون عينا بعين أو عينا بشئ في القيمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث امانيته وامانا جز وكل واحد من هذه أيضا امانا جز من الطرفين وامانيتها من الطرفين وامانا جز من الطرف الواحد نسيت من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة فأما النسيت من الطرفين فلا يجوز بل جاع لافي العين ولا في القيمة لانه الدين بالدين المنهي عنه وأسما هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين للمبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يتخلوا أن تكون بمنا بمشون أو بمناجن فان كانت بمناجن سمي صرفا وان كانت بمناجن سمي بيعا مطلقا وكذلك مشونا بمشون على الشروط التي تقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلما وان كان على اختيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على الزيادة سمي بيع من ايدة (الجزء الثاني)

واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهى الشرعى في البيوع وهى اسباب الفساد العامة وجدت أربعة أحدها تحريم عين المبيع والثاني الربا والثالث الفرر والرابع الشروط التي تؤل الى أحد هذين أو لجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى انما يتعلق فيها بالمبيع من جهة ما هو يبيع لالامر من خارج وأما التي ورد النهى فيها لاسباب من خارج ففها الفس ومنها الضرر ومنه المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع في هذا الجزأ أبواب

﴿ الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة واخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصحب بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شرابها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الاخلاقا شاذا في الخمر أعنى في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك اخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الاتفاح بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ وأما القسم الثاني وهى النجاسات التي تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المنهه فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العنرة والزبل أعنى اباحة الزبل ومنع العنرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه نجس جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن واختلف فيه في المنهه وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو يختلف في نجاسته ففها الكب والسور أما الكب فاختلفوا في بيعه فقال الشافى لا يجوز بيع الكب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب المشاة والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للاتفاح به وامساكه فأما من أراد له كل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فأما الشافى فعمدته شيان أحدهما ثبوت النهى الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عبده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة وأما من أجاز بيعه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الا كل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الا كل ولا مباح الاتفاح به الا ما استثناه الحديث من كلب المشاة وكلب الزرع وما في معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقرب فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء ثمان الكلاب المباحة الاتخاذ وأما النهى عن ثمن السور فثبت ولكن الجمهور على اباحتها لانه طاهر العين مباح المنافع فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاحهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافى وقال أبو حنيفة يجوز

أذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أن نسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول إن الله ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازها أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى الخمرمة فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الإباحة أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن عليّ وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصحب به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع محريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع محريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو أئزم للأصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومنزلهما على قولين أحدهما جواز ذلك والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزم إذا غلطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فن رأه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رأه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن آدمية إذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزونه وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيع شر به فابيح بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الأصل محرم أدخل ابن آدم محرم والأصل عندهم أن الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحه فلم يحرم بيع لبنه أصله لبن الخنزير والالبان فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة واتخاذ كرم المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول

﴿ الباب الثاني في بيع الربا ﴾

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شئتين في البيع وفيما تقرر في النسيئة من بيع أو سلف أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر في النسيئة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظر في أزدك وهذا هو الذي عناء عليه الصلوات والسلام بقوله في حجة الوداع ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضمر بالعباس بن عبد المطلب والثاني ضح وتجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد وأما الربا في البيع فإن العلماء أجابوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الأماوي عن ابن عباس من أنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا إلا في النسيئة وأما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين ثبت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول الفصل الأول في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك الثاني في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء الثالث في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا الرابع في معرفة ما يعد صنفًا واحدًا وما لا يعد صنفًا واحدًا

﴿ الفصل الأول ﴾

فنعول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف

التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الاماحكي عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينايين فمن زاد أو ازيد فله من هذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث أشهر ما حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينايين فمن زاد أو ازيد فله من هذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه وإباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة ويسعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدايد والبر بالشعير كيف شئتم يدايد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمنع التفاضل في صنف من صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممنوع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاماحكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدا الذهب والفضة فهو لا جواز جعلوا النهي للمتنوع بإعيان هذه الستة من باب الخاص أرديه الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أرديه العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالتدعي استقرار عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أضاف الاربعة فالصنف الواحد من المدخول للثقات وقبيل الصنف الواحد المدخول لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخال عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه ان الباقي الصنف المدخول وان كان نادر الادخال وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رؤسا للاربعين وقبيل للثقات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو العلم والادخال دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المعلومات التي ليست مدخولة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلكونهما ليست مدخولة وقد قيل ان الادخال شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد وأما منع النساء فيها فلكونهما معلومات مدخولة وقد قلنا ان العلم باطلاق علة لمنع النساء في المعلومات وأما الشافعية فعملت منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة هو العلم فقط مع اتفاق الصنف الواحد وأما علة النساء فالعلم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك وأما الحنفية فعملت منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونهما رؤسا للاربعين وقبيل للثقات هو عندهم علة منع النسبة اذا اختلف الصنف فإذا اتفقت الصنف والحنفية تعتبر في الكيل قدرًا يتأني

فيه الكيل وسياق أحكام الدناير والبراهم بما يخصها في كتاب الصرف وأما هنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الر بالملطوق في هذه الاشياء وذكر عدة دليل كل فريق منهم فنقول ان الذين قصروا عن الر بأعلى هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين إما قوم نقوا القياس في الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية وإما قوم نقوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا بالنطوق به قائماً لخلق بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال عليه منع الر بما انتهى حيطة الاموال يريد منع العين وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضوع قياس المعنى إذ لم تأت له قياس علة فالحق الزيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لان زعم انه في معنى الثمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من الفلاسين دليل في استنباط الشبه انتهى اعتبره في الحلق المسكوت عنه بالنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا في شئيت عليهم الشبهة ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى انتهى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قبضاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلاً بمثل فمن البيان ان الطعام هو الذي علق به الحكم وأما المالكية فانهم اذادت على الطعام اضافة واحدة وهو الادخار على مافي الموطأ واصنفين وهو الادخار والاقنيات على ما اختاره البضاديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعام وحده لا كفتي بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلماذا كرمنا عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافي معناه وهي كلها مجمعة الاقنيات والادخار أما البر والشعر فنبهنا على أصناف الحبوب المدسرة ونبهنا بالتمر على جميع أنواع الخلوات المدسرة كالسكر والعسل والزبيب ونبهنا بالمع على جميع التوابل المدسرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الر بما انما هو أن لا يشبع بعض الناس بعضاً وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار الكيل والموزون انهم صلى الله عليه وسلم لم يعلق التطيل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعلمه بخير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلاً بكيل يدايد وأما أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتنأثير الصنف وبما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار الكيل أو الوزن منها أنهم رويوا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والدينار هذانص لومحت الاحاديث ولكن اذا توهم الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم انهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الر بما انما هو مكان العين الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات انما هو مقارنة التساوي ولذلك لم يصر ادراك التساوي في الاشياء المختلفة التوابل جعل الدينار والبرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الثروات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قبعة أحد الشئيين الى

جده نسبة قبة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا ثياب هو أن تكون نسبة قبة ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قبة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذي يساوى هذا القدر عندها هو عشرة أثواب فإذا اختلف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العلة أعني أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في الثقل وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها نصف أن يستبدله بذلك النصف بعينه الاعلى جهة السرف كان العدل في هذه المعاملة بوجود التساوى في الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضا فان منع التفاضل في هذه الاشياء بوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فإذا منع التفاضل في هذه الاشياء أعني المكيلة والموزونة علمنا ان احدهما وجود العدل فيها والثاني منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف وأما الدينار والدرهم فقلة المنع فيها اظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطم وهو معنى جيد لكون الطم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيها هو قوت أهم منه فباليس هو قوتنا وقسروى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الارتفاع مطلقا أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسبة في الربويات هي الطم عنده مالك والشافعي وأما في غير الربويات فاليس بمعلوم فان علة منع النسبة فيه عند مالك هو النصف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسبة في غير الربويات وأما أبو حنيفة فله منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات النصف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسبة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يجر منقعة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا أعني التفاضل والنساء فلم يكن ربويا عند الشافعي وأما عند مالك فلم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متائلا أو صنفا واحدا باطلا على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في النصف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فإذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحدا وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس النصف عنده مؤثرا الا في الربويات فقط أعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهنا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه القصور الثلاث فأما الأشياء التي لا يجوز فيها النسبة فانها قسمان منها لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطم عنده مالك وعند الشافعي الطم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فإذا اقرن بالطم اتفاق النصف حرم التفاضل عند الشافعي وإذا اقرن وصف

ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبة وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانهما صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة فلما الطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلة المنع الطعم وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعها مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون احدهما حلوبا والآخرى كولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبا بشاة حلوبا الى أجل فلما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع والأشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر وأما أبو حنيفة فالمتبرع عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجوز شاة بشاتين نسبة وتقدا وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنفية فاحتج بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الأفراد في النسبة وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد التريفة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الآن يكون من باب سلف يجزى نفعاً وهو يحرم وقد قيل عنه انه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين أنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسبة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالك كذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسباع الحسن من سمرة عتقت فيه وليكن محمده الترمذي ويشهد لما لا يرواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به بدا بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبد بعشرين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه لا من قبل سلع تريفة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء سهل من شرطه التفاضل في المجلس قبل الافتراق في سائر الروايات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبعوا منها غائباً بناجر فمن شرط فيها التفاضل في المجلس شبهها بالعرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطاً في البيوع الاما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على العرف فقط بقيت سائر الروايات على الأصل

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يصدق صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما لا يصدق صنفاً واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد للمؤثر في التفاضل هل من شرطه أن (٦ -) (بداية المجتهد) - (ثاني)

لا يختلف الجودة والرداءة ولا باليس والرطوبة فلما اختلف فهم فيما يصنفوا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى انهما صنفا واحد وصار آخرون الى انهما صنفاً فبالاول قال مالك والاوزاعي وحكام مالكي في الموطن أعين سعيد بن المسيب والثاني قال الشافعي وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا البر بالبر والشعير بالشعير الامثلة بمنزل فجعلهما صنفين وأيضاً فإن في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت ويبيعوا الذهب بالفضة كيف شتمتم والبر بالشعير كيف شتمتم والملح بالتمر كيف شتمتم بدا يندكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري ومصحح هذه الزيادة الترمذي وأما القياس فلانهما شيئاً أن اختلفت أمماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة وأما محمد بن مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعقدوا في ذلك أيضاً السماع والقياس أما السماع فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام بالطعام مثلاً بمنزل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فإن هذا عام تفسره الأحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فأنهم عددوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والملت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في اليسوع روايتان احدهما أنها صنف واحد والأخرى انها أصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق للمنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والأرز والسخن والجاورس عنده صنف واحد (مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك الحوم ثلاثة أصناف فالحوم ذوات الأربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد يصينه وللشافعي قولان أحدهما مثل قول أبي حنيفة والآخراً جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يميز لحم الغنم بالقرم متفاضلاً ومالك لا يميزه والشافعي لا يميز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً ومالك يميزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام الطعام بالطعام مثلاً بمنزل ولأنها اذا افرقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولوا واحداً وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لهما مختلفان والخنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعنى في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والخنفية أقوى من جهة المعنى لأن تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة (مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان ببلية على ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعنى الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الأكل وهو فول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد لاكل وذلك عنده في الحيوان الماء كقول حتى انه لا يميز الحى بالحي اذا كان المقصود الأكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعنى أن امتناع

ذلك عنده من جهة الربا والمزانية . وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب لرسول سعيد بن المسيب وذلك أن مالكاً روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالبحم فمن لم يتقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى أن الأصول معارضة له ويجب عليه أحد أمرين إما أن يطلب الحديث فيجعلها أصلاً زائداً بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له قال شافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غاب الأصول ومالك رده الأصول في البيوع لجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسياً في الكلام على هذا الأصل فإنه الذي يعرفه الفقهاء بالمزانية وهي داخل في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الأصل (مسئلة) ومن هذا البلد اختلافهم في بيع الدقيق بالخطئة مثلاً بمثل فالأشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه وروى عنه أنه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وأما رواية المنع إذا كان اعتبار التولية بالكيل لأن الطعام إذا صار دقيقاً اختلف كيـله ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن وأما أبو حنيفة فالتنع عنه في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل والوزن فهاجرت العادة أن يكال أو يوزن والمعد فيهما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلاً ومتائلاً لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متائلاً فضلاً عن متفاضل لأنه قد غلبت الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المائـلة وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متائلاً وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل والتساوي وأما الجين بالجين فجائز عنده مع المائـلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقلهم جنس الربويات أو ليس تنقله وإن لم تنقله فهل يمكن المائـلة فيه أو لا يمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله واختلفوا في إمكان المائـلة فيهما فكان مالك يميز اعتبار المائـلة في الخبز والاحم بالتقدير والحزر فضلاً عن الوزن وأما إذا كان أحد الربوين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فإن مالكاً يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس أعني من أن يكونا جنساً واحداً فيجوز فيه التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وقصيل مذهبه في ذلك عسير الاتصال بالحم المشوي والطبوخ عنده من جنس واحد والخطئة المقالوة عنده وغير المقالوة جنسان وقدرام أحدهما التفصيل في ذلك والظاهر من نهجه أن ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقدرام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تميزها إلا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاب فيها بجوابات مختلفة فأذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تبين ذلك من كتبهم فهذه هي أهـت هذا الباب

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بحنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستل عن ثمر التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب إذا جف فقلوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك أصحابه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المداثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لاحال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الرويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنقصه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الرويات والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج عنه الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسبية وقال ان الذي يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجعول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قيل سابه على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب يابس من نوعه حر لم يمتنع المائدة كالجهين بالدهن واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي الزبابة عند مالك انتهى عناه عنده والعربة عنده مستثناة من هذا الأصل وكذلك عند الشافعي والزبابة عند أبي حنيفة انتهى عناه يبيع التمر على الأرض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعنى بوجود التساوي وطرد الشافعي هذه العلة في الشيتين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا الجهين بالجهين مع التماثل لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردىء في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد ووسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه فان مالكاً يرد هذا لأنه يتهم أن يكون انما قسداً يدفع مدين من الوسط في مدين الطيب فجعل معه الردىء مذبذبة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فياً حسب هذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط والافليس هناك مساواة في الصفة هو من هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الرويات بصنف مثله وعرض أودناير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً في القبة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قال للاعتبار بمساواته في القبة قال لا يجوز لما كان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الرويين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب

- فقد يجب أن تكون قيمة التوبنساوى الكيل والواقع التفاضل ضرورة وأما أبو حنيفة فيكتفى في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سدة القريصة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس

باب في بيع التراجع الربوية

وههنا نتج بعرض للتبايعين اذا اقال أحدهما الآخر بز يادة أو نقصان وللتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذى باعه بز يادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباع ربوى مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فإذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيع الاجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسئلة من بيع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول (مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً اذ اقال الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الز يادة والنقصان هي بيع مستأته ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بثلث ثم يشتريه بأكثر منه لأنه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً وألى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً وألى أجل وأما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً وألى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالنهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التى عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الأجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافى فهذا كله عنده جائز لأنه شراء مستأته ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاما بالتسعين دينارا التى عليه ويتكفل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز وأما ان كان البيع الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يدين الناس لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر من البيع من غير ان تكون له حقيقة وأما البيوع التى يعرفونها ببيع الاجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثلث الى أجل ثم يشتريها بثلث آخر الى أجل آخر أو نقداً وههنا تسع مسائل اذ لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منهن فى مستلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه قاماً ان يشتريه الى ذلك الأجل بعينه وأقبله أو بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة اما ان يشتريه بثلث الثمن الذى باعه به منه واما بأقل واما بأكثر يختلف من ذلك فى اثنين وهوان يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن فنقد مالك وجهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافى وداود وأبو نؤير

يجوز فن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دناير في أكثر منها إلى أجل وهو الرأى الذي انتهى عنه فزور ذلك هذه الصورة ليتصلها بالحرمان مثل ان يقول قائل لا يجوز أسلفني عشرة دناير إلى شهر وأردالك عشرين ديناراً فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الجار بعشرين إلى شهر ثم اشتريه منك بعشرة قدداً وأما الوجوه الباقية فليس يتم فيها لأنه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ومن الحق لمن رأى هذا الرأى حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يأثم المؤمنين اني بعت من زيد عبداً إلى العطاء بشاة مائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل ستائة فقالت عائشة بشاة مائة وبشاة مائة بثلثي دينا انه قد بطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يقب قالت أرايت ان تركت وأخفت الستائة ديناراً قالت نعم (فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيدا قد خالفها وإذا اختلف الصحابة فنهينا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر وأما إذا حدث للبائع نقص عند المشتري الأول فان الثوري وجاعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر ان يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصورتان يتبرهنا مالك في التراجع في هذه البيوع هي ان يتراجع منها إلى نظري أزدك أو إلى بيع مالا يجوز متفاضلاً أو بيع مالا يجوز نساء أو إلى بيع وسلف أو إلى ذهب وعرض بذهب أو إلى نخل أو إلى بيع الطعام قبل ان يستوفي أو يبيع وصرف فان هذه هي أصول الرأى من هذا الباب اختلافهم فبعضهم يبيع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فنهى مالك وأبو حنيفة وجاعة وأجاز الشافعي والثوري والأوزاعي وجاعة وحجة من كرهه انه يشبه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجاز له لم يرد ذلك فيه اعتباراً بتركه قصد إلى ذلك ومن ذلك اختلافهم فبعضهم اشترى طعاماً بثلثي إلى أجل معلوم فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه فاشتري من المشتري طعاماً بثلثي بثلثي يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورأه من الثوري بعة إلى بيع الطعام قبل ان يستوفي لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته فيكون قبضه منه قبل ان يستوفيه وصورة الثوري في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاماً إلى أجل معلوم فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك علي فقال هذا لا يصح لأنه يبيع الطعام قبل ان يستوفي فنقول له فبيع طعاماً مني وأرده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبيع الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى فيها بطل ويجرم من البيوع ما اشترطوا ذكره بالأسبقين وظاهر من فعلهم الاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلهما وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ولو قال له أسلفني دراهم وأمهني بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الاختلاف لفظ البيع وقصد ولفظ القرض وقصد ولما كانت أصول الرأى كما قلنا خمسة انظري أزدك والتفاضل والنساء وضع وتبطل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذا فعل ذلك يدفع دناير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل

ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر هاهنا هذين الاصلين أما منع وتجهل فأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك وجهور من ينكر ضعه وتجهل ان يتجهل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وان كانت قبضته أقل من دينه وعمدة من لم يجزض وتجهل انه شبهه بالزيادة مع النظرة المجتمعة على بحر عمار وجه شبهه بهاته جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلائمه في الموضوعين جميعاً وذلك انه هنالك لزيادة في الزمان زاده عرضه ثمنا وهنالك لاحتياطه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازوه ماروي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله انك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتجهلوا فسيب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكي عن عثمان البتي وأما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وبخراً ففيه ثلاثة فصول

﴿ الفصل الأول ﴾

وأما بيع ماسوي الطعام قبل القبض فلا خلاف في منعه مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في منعه ان القبض شرط في بيعه وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان أحدهما المنع وهي الأشهر وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهم اشترطوا مع العلم الكيل والوزن والرواية الأخرى الجواز وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تتقبل ولا يحول وهي البور والعقار وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال الأول في الطعام الربوي فقط والثاني في الطعام باطلاق الثالث في الطعام المكيل والموزون الرابع في كل شيء ينقل الخامس في كل شيء السادس في المكيل والموزون السابع في المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك في منعه ماعدا للتصوُّص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعصوم قوله عليه الصلاة والسلام لا يعل بيع وسلف ولا ربح ما لم يضمن ولا يبع ما ليس عندك وهذا من باب بيع ما لم يضمن وهذا مبني على منعه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني أشتري يبعاً فإيجل منها وما يحرم فقال يا ابن أخي اذا اشتريت يبعاً فلا تبعه حتى يقبضه قال يا بوعمر حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف ابن مالهك ان عبد الله بن عصة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن مالهك وعبد الله بن عصة

لأعرف لمأجرة الأنة لم يروعهما الأرجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بمجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى أن يبيع مالم يقبض يتطرق منه إلى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما ينقل لأن ما ينقل القبض عنده هي التولية وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبة والصدقات والقرى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغالبة والمكاسبة وهي البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة وإنما يكون على جهة الرق وهو القرض والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المغالبة وعلى قصد الرق كالشركة والأقالة والتولية وبمحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام أما ما كان يباع بعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصاً للرق أعني القرض فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة عما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض وأما العقود التي ترد بين قصد الرق والمغالبة وهي التولية والشركة والأقالة فإذا وقعت على وجه الرق من غير أن تكون الأقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز الشركة والتولية قبل القبض ويجوز الأقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا يبيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاملات أنها في معنى البيع المنهي عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والأقالة والشركة للأثر والمعنى أما الأثر فإرواه من مرسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو أقالة وأما من طريق المعنى فإن هذه الثمائر أدها الرق لا المغالبة إذ لم تدخلها زيادة ولا نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصادق والخلع والجعل لأن العوض في ذلك ليس بيننا إذ لم يكن عيناً

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزأً فإن مالكاً رخص فيه وأجاز به وقال الأوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومجتبهما عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن التريفة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لمعلمنا روى عن ابن عمر أنه قال كافي زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزأً فبعت الينان يأمرنا بالتقاه من المكان الذي ابتعناه فيه المسكان سواء قبل أن نبيعه قال أبو عمر وإن كان مالك لم يروعه نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقدرته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقسم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالتفاس

المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب التريسة الى الرابا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر وصورة التفرع منه الى الرابا انتهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفيها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسمى باليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان يبيع بينهما وتلك الساعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الفراهم قرضاً فيرد عليه ضعفها وفي الذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرناها غير جائزة في الذهب أعني اذا تقارعت على الثمن الذي يأخذه السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجع المسلمون على منعه واختلافوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد بدأ صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراها من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذه شيء منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يتباع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فقهذه هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما هو في الشرع لمكان الثمن الذي يكون طوعاً وعلم

❦ الباب الثالث ❦

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الثمن التي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه اأما من جهة الجهل بتعيين العقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمفون المبيع أو قدره أو بأجله ان كان هنالك أجل وامان جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وامان جهة الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيعو تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيعو منطوق بها وبيع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وانما يختلف في شرح أسماها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شرب الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد القروع الى الاصول فأما المنطوق به في الشرع فنه نبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبلية ومنهاتيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع النثار حتى ترضى وعن بيع الملامسة والمناذرة وعن بيع الحصة ومنهاتيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشروط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبلي حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملامسة فكأن صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا يشره أو يتعامل به ولا يعلم ما فيه وهذا جمع على محرمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة وأما بيع المناذرة فكان أن يبتذل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق

وأما بيع الحصة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصة التى أرى بها فهو لى وقيل أيضا أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصة من يدى فقد وجب البيع وهذا قار وأما بيع حبل الحبله ففيه تأويلان أحدهما انها كانت يوعا يوعا جاونها الى أن تنتج الناقة مافى بطنها ثم ينتج مافى بطنها والفر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيع والمضامين هى مافى بطون الحوامل والملاقيع مافى ظهور الفحول فهذه كلها يوع باهلية متفق على تحريمها لى محرمه من تلك الالوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر عن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعومة وقضى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعومة وهى بيع الشجر أعواما الاماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الاماروى عن أنى سلة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو يعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الاماروى عن الثورى وابن أنى لىلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجا على المنهب وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز ماله والشافعى وأحمد واسحق واللبث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه الفطع لامن جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سألنا فى بعد ما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وإن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمر من الجائحة غالب قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو أرايت ان منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلقوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية للمنوعة فنجل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناول به عمومه قال لا يجوز ومن جملة على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق يحول على التبقية وقد قيل عنه

انه محمول على القطع وأما الكوفيون فحجبتهم في بيع الثمر مطلقا قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع بخلاف قد أرت ففرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وجلاوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن ترهى على التنب واحتمجوا ذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فإذا اجتأ الناس وحضر قضايتهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضربه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشرب بها عليهم لا يتبعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها ورمعوا قالوا ان المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبي حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمر القطع أن يميز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور بمحمول جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعني اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرق الى الأكثر على الثمار قبل بدو صلاحها وأما بدو صلاحها فلا تظهر الا قليلا ولولم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جاتعة توقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليعه والحقه الغرر ولذلك لم يجوز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار تستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن يبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين أحدهما في جواز بيعها قبل أن ترهى والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بطلاق العقد وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع وإن أزهى وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو صلاحها الذي جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مغماسود وبالجملة ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى ترهى فقال حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشته وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثمره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من ايار وهو ما يروى قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجم من العاهات فقال عبدالله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله أعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر

مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء وقول الأمران جميعا وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك أنه اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يعل كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك القيث وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تكديرا يراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جازيعة وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ببيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعي اعتبر قصان خاتمة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي مشتركة لم تحلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من نهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الخنطة في سنبليها دون السنبل لأنه يبيع مالم تعلم صفته ولا كثرتة واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لأنه من باب الفرر وقيل ما على يعه مخلوطا ببنه بعد الفرس وحجة الجمهور شيان الآخر والقياس أما الآخر فخرى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهي وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي أنه لما وصلت هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عنده مالك الأعلى القطع وأما بيع السنبل غير محصور فقبل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه وأما يعه في بنه بعد الفرس فلا يجوز بلا خلاف فما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا جازر عنده مالك ولا عرف فيه قولان غيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طب على ما يكون حساده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل حبا للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة قال أبو عمر وكاهل من نقل الدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أعنى في الصورة التي ينطق عليها هذا الاسم من التي لا ينطق عليها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك بتصوّر على وجوه ثلاثة أحدها مافى مشونين بثنين أو مشون واحد بثنين أو مشونين بثن واحد على أن أحد البيعين قلزم مافى مشونين بثنين فان ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثن كذا على أن تبيعني هذه الدار بثن كذا والثاني

أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين وأما بيع مقون واحد فثمنين فإن ذلك يتمور أيضا على وجهين أحدهما أن يكون أحد الثمنين قدرا والآخرة سبعة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب بقدر بعشرة أو إلى أجل بعشرين والوجه الثاني أن يقول له أبيعك هذا الثوب بقدر ثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا فثمن كذا وأما مقونان فثمن واحد فثمن أن يقول له أبيعك أحد هذين ثمنين كذا فأما الوجه الأول وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبني هذا الغلام بكذا فثمن الشافي على أنه لا يجوز لأن الثمن في كليهما يكون مجهولا لأنهما فرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافي في رد بيعتين في بيعه أنهما وجهل الثمنين أو المقون وأما الوجه الثاني وهو أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قبلزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان التقدير واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سعدة في ذلك فاجازها إذا كان التقدير واحدا أو مختلفا وعله منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سدة الترائع لأنه يمكن أن يختار في نفسه أحد التولين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب بقدر كذا أو سبعة بكذا فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما إذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافي لأنهما اقتصرا على ثمن غير معلوم وجعل مالك من باب الخيار لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم بوجوب نحو بل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعله امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من يوع الفرر التي نهى عنها وعله امتناعه عند مالك سد القرينة للموجبة للرب لا إمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انقضاء العقد بأحد الثمنين المؤجل أو للعلم ثم بدله ولم يظهر ذلك فيكون قدرتك أحد الثمنين للثمن الثاني فكذا باع أحد الثمنين بالثاني فيسخره ثمن ثمن نسبية أو نسبية ومتفاضلا وهذا كله إذا كان الثمن قدما وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما إذا قال أشتري منك هذا الثوب بقدر كذا على أن تبنيه مني إلى أجل فهو عندهم لا يجوز باجتماع لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ماله عنده ويدخلها أيضا علة جهل الثمن وأما إذا قال له أبيعك أحد هذين التولين بدينار وقبضه أحدهما أيهما اختار واقترا قبل الخيار فإن كان الثوبان من صنفين وهما ما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافي في أنه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سعدة أنه يجوز وعله المنع الجهل والفرر وأما أن كان من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافي وأما مالك فإنه اجازها لأنه يجوز الخيار بعد عقد المبيع في الأصناف للمستوية لقلة الفرر عنده في ذلك وأما من لا يجيزه فيعتبره بالفرر الذي لا يجوز لأنهما اقتصرا على بيع غير معلوم بالجملة فالفقهاء متفقون على أن الفرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الفرر فبعضهم بإحتمال الفرر الكثير وبعضهم بإحتمال الفرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير فإذا قلنا بالجواز على منعه مالك فقبض الثوب من (٧) المشتري على أن يختار فذلك أحدهما وأما به عيب فغن يمينه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري إلا أن تقوم المينة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه

(٧) قوله التوب من المشتري هكذا بالنسخ ولعله التوب من المشتري فليأتمل اهـ مصححه

وبين ما لا يغلب عليه كالعبد فيضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه وأما هل يارزه أخذاً الباقي قيل يارزم وقيل لا يارزم وهذا يذكّر في أحكام البيوع وينبئ أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي أما عند فقهاء الامصار فن باب الغرر وأما عند مالك فنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالنطوق به في هذا الباب وأما منبه عن بيع الدنيا وعن بيع وشروط فهو وإن كان سبب الغرر فلا شبهة أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل السروط

فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للجهل النظر **(مسئلة)** المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلاف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه أعنى أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثراً أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له إذا رآها الخيار فإن شاء أن يفسد البيع وإن شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار الرؤية وقيل ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا وسبب الخلاف هل تصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالخس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفوع عنه فالشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية وأما مالك فرأى أن الجهل المقترب بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعانة لمكان غيبة المبيع ولكنها المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البراءة على الصفة ولم يحز عنه بيع السلاح في جوابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ودنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف نيا يعلما حتى نعلم أهماء عظم جداً في التجارة فاشتري عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً بأرض لها أخرى بأربعين ألفاً وأربعة آلاف قد كرم علم الخبز وفيه بيع الغائب مطلقاً ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرراً آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولتلك اشتراطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الآن يكون ما مونا كالعقار ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه **(مسئلة)** وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان المأجل وإن من شرطها تسليم المبيع إلى المتنازع بأثر عقد الصفة الآن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يحزوا فيها النقد كما لم يحزه مالك في بيع الغائب وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر

من عدم التسليم من الطرفين لامن ياب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قديدا صلاحه ويراها من باب الدين بالدين وكان أشبه بيجز ذلك ويقول انما الدين بالدين مالم يشرع في قبض شيء منه أعني أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة (مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يمر بطنا واحدا بطيب بعضه وان لم تطب جلته معا واختلوا فيما يمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تصل أو لا تصل فان لم تصل لم يكن بيع مالم يخلق منها دخلا فيها خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا تخلو أن تجز البطون أو لا تجز فتخل للمقيز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ومثال غير المقيز للمباطن والمقاني والباذنجان والقرع في الذي تجز عنه وينفصل روايتان احدهما الجواز والاخرى المنع وفي الذي يتصل ولا تجز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر ووجه مالك فيما لا تجز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ما خلق وبدأ صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب لان الفرع في الصفة شبه بالفرع في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الفرع ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان مقبزا وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيها بما لا يجز وهو ضعيف وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النسي عن بيع الثمار معاومة والمقت والجزر والكرنب جاز عند مالك يبيعه اذا بدأ صلاحه وهو استحقاقه لا لال ولم يجزه الشافعي الا مقولعا لانه من باب بيع اللبيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره أجزاه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الفرع للمؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الفرع ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في القدير أو البركة اختلوا فيه أيضا فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله ومن ذلك بيع الأبق أجزاه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم للموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الباقي وشواصعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضع وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس ومن قال بجواز بيع الأبق والبعر الشاردهتان البتي وأجزة الشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الأبق وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجزا مالك بيع لبن الغنم أيأها معدودة اذا كان ما يحلب منها معروف في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض

عن مالك إلا أن يكون ميسرًا منه ومنع الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع
بالمسكن والصواغين فأجاز مالك بيع تراب الخطين بنقدي بخلافه وأبوعرض ولم يجوز بيع رباب الصاغية
ومنع الشافعي البيع في الأرضين جميعاً وأجازهم قوم في الأرضين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي
البيوع التي تختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه
لا يجوز أن يباع شيء من الكيل أو الموزن أو المعدود أو للمسوح إلا أن يكون معلوم الدر عند البائع
والشري وانفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلوم مؤثر
في صحة البيع في كل ما كان (٧) معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة
والمعدودة والمسوحة وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي
يسمونه الجزاف يجوز في أشياء وينع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما لمقصود
منه الكثرة لا أحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافاً وهي المكيلات والموزونات
ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلاً وهي المسوحات كالأرضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير
أصلاً للكيل والوزن بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافاً وهي كالفنات التي المقصود منها آحاد
أعيانها وعند مالك أن التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعها جزافاً ولا يجوز ذلك في الدراهم والدينار
وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل
منها بكذا فما كان فيها من الأكيل وقع من تلك القصة بعد كيلها والعلم بجلفها وقال أبو حنيفة لا يلزم
الأي كيل واحد وهو الذي سمي به ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه
أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل ببلوغ الفن ويجوز عند مالك
أن يصدق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة لأنه يهتم أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند
غيره لا يجوز ذلك حتى يكامله المشتري لتيهه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاغان
وأجازهم قوم على الإطلاق ومنعهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ومن أجازهم باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن
أبي مليكة ولا يجوز عند مالك أن يمل البائع الكيل ويبيع المكيل جزافاً عن يجهل الكيل ولا يجوز عند
الشافعي وأبي حنيفة والمزانية انتهى عنهما عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول
الكمية وذلك أمافي الرويات فلموضع التفاضل وأمافي غير الرويات فلمن تحقق القدر

باب الرابع في بيع الشروط والثياب

وهذه البيوع الفاسدة التي يكون فيها ورأى إلى الفساد التي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها
النفس وجب أن تجعل قسماً من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والأصل في اختلاف الناس في هذا
الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال أتبع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بغير شرط ظهره
إلى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان ما تشرط والحديث متفق على محتمه والثالث حديث
جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزانية والمخاطرة والمعاومة والثنيا ورخص
في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجته مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشروط فمال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وعن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وعن قال بهذا القول ابن أبى شيبة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وعن قال بهذا القول ابن أبى ليلى وقال أحد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فن: أبطل البيع والشرط أخذ بمعوم نهى عن بيع وشروط ولعموم نهى عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بمعوم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرج أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعمل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح مالم يتضمن ولا بيع مالم يس هو عندك وأما مالك فالشرط عنده ينقسم ثلاثة أقسام شروط تبطل هي والبيع معا وشروط تجوز هي والبيع معا وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن أن عنده قسار ابعا وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع وإعطاء فروق يثبته في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير وقصرام ذلك كثير من الفقهاء وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذى يحل بصحة البيوع وهما إل باؤ الغرر وإلى قتلته وإلى التوسط بين ذلك وإلى ما يفيد نقصان الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجزئه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى للمذهب إذ يمتنع تجمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح ولتأخر من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحسن لذلك جدى والمأزى والباقى وتفصيله في ذلك أن قال أن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامنة والعبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولأولاد دون المشتري فخل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثانى أن يشترط عليه شرط يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام أما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه وأما أن يشترط على المشتري منعان نصرف عام وخاص وأما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين أحدهما أن يكون معنى من معاني البر والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البرئى فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا مثل أن يبيع الامنة على أن لا يطأها أو لا يبيعها وأما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فإن كان اشترط تجميعه جاز عنده وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المجمل قال الشافعى على أن من قوله منع بيع وشروط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لأن في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة ومالكه وأى هذان باب الغرر اليسر فأجزاه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك وأما أن اشترط معنى في المبيع ليس ير مثل أن لا يبيعه فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع

مفسوخ وقيل بل يبطل الشرع معه ومن قال له البائع متى جئتكم بالثمن ردد - على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متريدا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة يبيع فسوخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلفا ينافمين باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى يتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لان شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع للذة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع حصة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذ اترك الشرط قبل القبض فنعمة أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازوه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقدرى عن مالك مثل قول الجمهور ووجه الجمهور ان النهي تضمن فساد النهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لا اقتران السلف به وقدرى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال لما للفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار ورضي فخر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا الجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما أن مشروط السلف هو مخير فتركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوب فيه بالفرق وذلك انه يقال لم كان هنا مخيرا ولم يكن هناك مخيرا في ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهناك انما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كالأمر برفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول فإن قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رأى معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والقرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع القرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ماسأى في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب يبيع العربان بجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع ابن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان نقض البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وإن لم ينقض ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب القرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازوه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها

أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا أم ليس تدخل فن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما في بطونها
فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور
وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس
بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فن قال المبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا انتهى عنها لما فيها من الجهل
بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك
فمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يتخلو ان يكون شائعا ومعينا ومقدرا فان كان شائعا
فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبدا الاربعه وأمان كان معينا فلا يتخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين
أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يتخلو
الحيوان ان يكون مما سنباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا سنباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز
ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مقيد ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان
الحيوان مما سنباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح في المذهب فيه قولان
أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم
والرأس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان
استثناء بجلده فباح الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط
الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عوا معينا معلوما فيضره ما عليه من الجلد أصله شراء
الحب في سنبله والجوز في قشره وأمان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح لما عرفا وأما لمقوفا
به جزأ مقدرا مثل أرطال من جزر ورفعن مالك في ذلك روايتان أحدهما المنع وهي رواية ابن وهب
والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع
الرجل ثم حاطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها وافقوا على انه لا يجوز ان
يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشتري لها بعد البيع لانه يبيع ما لم يره المتبايعان
واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فتحه الجمهور لمكان اختلاف
صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء العنم
وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء
للمشتري فأجازته مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر
ابن عبد البر فنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهم انتهى صلى الله
عليه وسلم عن الثنيا في البيع لانه استثناء مكيل من جزأ وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فنهى
أجازوا ذلك فيأدون الثلث ومنعوه فيما فوقه وجعلوا الهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع
ماعد المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزأ ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا
مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة معاني عتد
واحد فأجازته مالك وأصحابه ولم يحجزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا
ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وروى عمارة الذين منعوه من باب بيعتين

في بعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقول والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع في مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده أجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل الى التخيير

﴿ الباب الخامس في البيع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط الصوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحدو فت ركون ولا غيره وقال الشافعى معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفرقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا بانه على منعه في أن البيع انما يجرى بالافتراق فهو مالك متفقان على أن النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافهما فيها به يكون اللزوم في البيع على ما سئد كره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لان السوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسسخ في أى حالة وقع تمسكا بالمعوم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسسخه لم يفت وأكثرك ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد قدم ذلك واختلفوا في دخول النهى في النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعى لا بأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم لا يسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع الزائدة وان كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف بينهم هل يعمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ثم اذا جمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾ رأ ما نهيه عن تلقي الركبان البيع فاختلفوا في مفهوم النهى ما هو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق ثلاثين فردا للتلقي رخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريبا فان كان بعيدا فلا بأس به وحد القرب في المنهية بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشترط المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها وأما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع ثلاثين فردا للتلقي لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع قرب السلعة باختيار ان شاء أنفذ البيع وأورده

ومنهج الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تتلقوا الحلب فن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه باختيار إذا أتى السوق خرجهم مسلم وغيره **فصل** وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبائى فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لاهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدي فرة أجازة وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عنده هم الأمصار وقديل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لاهل العمود المتقلين ويمثل قول مالك قال الشافعي والأوزاعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبائى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البائى بالسعر وأجازة الأوزاعي والذين منعهوا اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم أى غير ممن فكأنهم رأوا أنه يكره ان ينصح الحضري للبدي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام الذين النصيحة وبهذا تمسك في جوازها أبو حنيفة وجمعة الجمهور حديث جابر أخرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فياً أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدي لانه يردو السعر بمجهول عنده الا ان ثبتت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقى الركان على مائتة وله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم وبإجازة يبيع لقوله عليه الصلاة والسلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ

فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن التجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن التجش هو أن يبدأ أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالبيع والمشتري باختيار ان شاء أن يردّه وان شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعي ان وقع أتم وبإجازة يبيع وبسبب اختلاف هل يتضمن النهي فساد المبيع وان كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن ففسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازة والجمهور على أن النهي اذا ورد للمعنى في النهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر واذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال لا يمتنع وهو بر ولا يبيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فجملة جماعة من العلماء على عمومها فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من ثراً أو غديراً أو عين في أرض ملكة أو غير ذلك كغيره انه ان كان مقلداً كان أحق بمقتدر حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربيع لا أرى أن يمنع الماء والنار والحطب والكلاء وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا يطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وان فقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا

في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريرين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشريريه زرعه فيجب عليه أن لا يمنع شريريه من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنبه بمرمره لجره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنع فضل مائه إلى أن يصلح بثره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين أنهم حلوا المطلق في هذين الحديثين على المقيّد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهى عن منع فضل الماء لخلوا المطلق في هذا الحديث على المقيّد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين وأما مالك فأصل منعه أن الماء متى كان في أرض مملوكة منعه فهو لصاحب الأرض لبيعته ومنعه إلا أن يرد عليه قوم لا يمنّ معهم ويخاف عليهم الهلاك وجل الحديث على آبار الصحراء التي تتخطف في الأرضين الغمر مملوكة فرأى أن صاحبها أعنى الذي حفرها أولى بها فإذا روت ما شئته ترك الفضل للناس وكأنه رأى أن البئر لا تملك بالأحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا وقع فلما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وأما البايع والمشتري وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المني إذا كان لعله من خارج وأما الوقت الذي يتنقل فيه المنع إلى الجواز فقال مالك حذ ذلك الاغتار وقال الشافعي حذ ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الأوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بثله هل يفسخ البيع أم لا فالشهور في المنع أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب إذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام اختياراً لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصد دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنع من حبان من اختيار ثلاثاً لما ذكره أنه يقين في البيوع ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالدة في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة

﴿ الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلى الجمعة فقط لقوله تعالى (إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وفروا البيع) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أم لا يفسخ فإن فسخ فعلي من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق فالشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا منذهب الشافعي وأبي حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المني عنه أولاً يقتضيه وأما على من يفسخ فنحن مالك على من تجب عليه الجمعة لأعلى من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر فتقضى أصولهم أن يفسخ على كل بايع وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة التسبيل تقب الوقت فإذا فات فعل جهة الخطر وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك منع الله

تأريكي البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة) وإذا ثبتت أسباب الفساد العامة للييوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط للمصححة وهو القسم الثاني من النظر العلم في البيوع (القسم الثاني) والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب للقسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس النظر الأول في العقد والثاني في العقود عليه والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب

باب الأول في العقد

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ضمنية مثل أن يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قاله بمعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فبعت مالك إن البيع قسوم وقيل لم يستفهم الآن يأتي في ذلك بمنزلة وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك إذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي أنه يقع البيع بالالفاظ الصريحة والكناية ولأذكر مالك في ذلك قولاً ولا يكتفي عند الشافعي بالمعاطة دون قول ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في الزوم لا يترسخ أحدهما عن الثاني حتى يفرق المجلس أعني أنه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقل البيع حتى افتراقهما أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفاً متى يكون الزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفرقا وقال الشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور ودأود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفرقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجاعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي هريرة الأسلمي من الصحابة ولا يخالف لهم من الصحابة وعمدة المشتريين خليلار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفرقا إلا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الآن يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يقع العلم وإن كان من طريق الأحاد وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمتهم في رد العمل بهذا الحديث فالتقى اعقد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه لم ياف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال يا عابدين تباعا فالقول قول البائع أو تراد أن فكاكه حل هذا على عمومته وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى بيان حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرج به أحسن سنداً فيما أحسب فهذا هو الذي اعقده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث وأما أصحاب مالك فاعقدوا في ذلك على ظواهر رسمية وعلى القياس فمن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل

(يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس
يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم أن يرجع في البيع بعدما نفع لم يفترقا وأما القياس فانهم قالوا عقد
معوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح
على دم العبد فاما قيل لم ان الظواهر التي تحتجون بها بخصوصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة
الحديث الا القياس فبازمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك من ذهب مهجور
عند المالكية وان كان قسروى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فأجابوا عن
ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره
قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان أحدهما ان المتبايعين
في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة
فيه لأنه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول وأما التأويل الآخر فقالوا ان
التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى (وان يفرقا يغن الله
كلاما من سنته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالأبدان ووجه الترجيح
أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الدم فهذه هي
أصول الركن الأول الذي هو العقد (وأما الركن الثاني) الذي هو العقد عليه فانه بشرط فيه
سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلامعنى
لتكراره والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم العدر مقبورا على تسليحه
وذلك في الطرفين الثمن والمفتون معلوم الاجل أيضا ان كان يعاوض جلا (وأما الركن الثالث) وهما
العاقدان فانه بشرط فهم أن يكونا مالكيين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالعين وأن يكونا مع هذا غير
محبور عليهما أو على أحدهما المالحق أقسهما كالتسفيه عن من يرى التحجير عليه أو لغيره كالعبد
الا أن يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينعتق أم لا وصورته أن
يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض ففسخ وكذلك في شراء
الرجل للرجل بغير اذنه على أنه ان رضى المشتري صح الشراء والالم يصح لمنعه الشافعي في الوجهين جميعا
وأجاز مالك في الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء
وعدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البرقي ديناراً وقال اشترا من هذا
الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاء والدينار فقلت
يا رسول الله هذه شأنكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله
عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير
وعلى الشافعي في الأمرين جميعا وعدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله
على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهي انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك
انه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهي على سبب حل على
سبب أو يعم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الأول

ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يرد بالتكلم فيه وإذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا
فنصر إلى القسم الثالث وهو القول في الأحكام العامة للييوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الأحكام العامة للييوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها اتفاق قريب بالمسموع في أربع جل الجلة الأولى في أحكام وجود
العيب في المبيعات والجللة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشتري
والثالثة في معرفة الأشياء التي تقع للمبيع على موجودة فيه في حين البيع من التي لا تنبغ والرابعة
في اختلاف المتبايعين وإن كان الأليق به كتاب الأقضية وكذلك أيضا من أبواب أحكام للييوع
الاستحقاق وكذلك الشفعة هي أيضا من الأحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة أن يفردها كتاب
(الجللة الأولى) وهذه الجللة فيها بابان الباب الأول في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق والباب
الثاني في أحكامها في البيع بشرط البراءة

﴿ الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والأصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (الأن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة
المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يتخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم إذا
قام في عقد يوجب الرد فلا يتخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجب ثم إن قام بعيب يوجب حكما
فلا يتخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولا يكون فإن كان لم يحدث فساكمه وإن كان
حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب حصة الفصل
الأول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها الثاني في معرفة
العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان
المبيع لم يتغير الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها الخامس في القضاء في هذا
الحكم عند اختلاف المتبايعين وإن كان أليق بكتاب الأقضية

﴿ الفصل الأول من الباب الأول ﴾

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم لا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كأأن العقود التي
ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها كالمليات لقبول الثواب والصدقة
وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعني ما جرد قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فلا ظهر
في المسألة أنه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل بحكم به إذا كان العيب مقسدا

﴿ الفصل الثاني ﴾

وفي هذا الفصل نظران أحدهما في العيوب التي توجب الحكم والنظر الثاني في الشرط الموجب له
(النظر الأول) فاما العيوب التي توجب الحكم فمنا عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه
منها ما هي عيوب بان تشترب اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب
توجب الحكم وإن لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدها قص في أصل الخلقة
وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كالات وليس فقدها قصا مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف

في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هي في أجسام ذوات النفس ومنها ما هي في غير ذوات النفس والعيوب التي لها تأثير في العقلي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية وعن الخلق الشرعي قصاته له تأثير في ثمر المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كالخفاض في الإمام واختلاف في العيب ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والنسور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فن ذلك وجود الرافعي العيب يختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العاتقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب والجل في الرأفة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوحش خلاف في المذهب والتصريح عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يؤهم ذلك أن الحيوان ذوبن غزير وجهتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الإبل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أسكها وإن شاء ردها وصاء لمن تمر قالوا فائتله الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا أيضا فانه مدلس فاشبه التديس سائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبها قليلا أن ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفرقة الأصول وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه فنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام انزعج بالضمأن وهو أصل متفق عليه ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيته وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتلفات إمام القيم وإما المثل وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أي الجزاف بالكيل للمعلوم لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فانه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى ههنا من هذه الأصول كلها لوضع محبة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص ولكن الطرد إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول أنه لا خلاف عندهم في السور والعوى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أي عضو كان أو كان في جملة البدن والتشيب في المذهب عيب في الرأفة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزرع عيب وأمرأض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبولى في القراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرناه في الاختلاف

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبابع باتفاق أو في المهددة عند من يقول بها فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في المهددة فنقول انفراد مالك

بالقول بالعهد دون سائر فقهاء الأمصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بعهدتان عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الخادنة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فاحتفت في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجلمة بمنزلة أيام اختيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الاداء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا الواقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه الماكسة والمحاكمة وكان يباع لافي التمة هذا ما لا خلاف فيه في الذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الطاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثالثة فعهد الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل نازم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فإذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الآن يكونوا قد جاؤا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم التقدي في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع اختيار تردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلرجع الى تقرير حجج المتنبين لها والمبطلين أما عهدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبه بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لأبي بصير عن ربيعة بن عبد الله بن جهم عن الحسن بن سمره بن جندب الفزاري رضي الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معاول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمره وان كان الترمذي قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ورأوا انها لو صححت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الأصل المقرر انما يكون بسماع ثالث ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد الآن يكون ذلك عرفا في البلدان ويشترط وبخاصة عهدة السنة فإنه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمر اسألنا واذا فقدت قول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبها وتقرر الشرط في ذلك وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو في العهدة عنتمن يرى العهدة فلنصر الى ما بقي

﴿ الفصل الثالث ﴾

واذا وجدت العيوب فإن لم يتغير للمبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا تخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فإن كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري غير بين ان برد للمبيع أو يأخذ منه أو بمسكه ولائيه له وأما ان كان في عقار فالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب

يسيرا لم يجب الرد ووجبت قبة العيب وهو الارش وإن كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل وأما العروض فالشهور في المنهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل أنها بمنزلة الاصول في المنهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول أنه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يازم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والأصل ان كل ما حظ القبة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

فصل واذا قد قلنا ان المشتري يختار بين ان يرد المبيع أو يأخذ منه أو يمسك ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلحته ويعطيه البائع قيمة العيب فقامت فقهاء الامصار يحيزون ذلك الابن سريع من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لما ذاك لأنه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لأن ذلك حق للمشتري فلأن يستوفيه أعنى أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعية أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيба فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس له الا ان يرد بالجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والاوزاعي الا ان يكون قد سمى بالكل واحد من تلك الأنواع من القبة فان هذا مما خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وأما الخلاف اذ لم يسم وقال قوم يرد المبيع بمحضه من الثمن وذلك بالتقدير وعمن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المبيع فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده ببقية وفرق أبو حنيفة تفريها آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجد بعد القبض رد المبيع بمحضه من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال خجعة من منع التبعية في الرد ان المردود يرجع فيه بقية لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقية لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بعث السلعة لم يشتري البعض بالقبة التي أقيم بها وأما حجة من رأى الرد في البعض المبيع ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التتويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان ما مات في البيع فليس فيه الا القبة وأما طريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسن منه لأنه رأى ان ذلك المبيع اذ لم يكن مقصودا في المبيع فليس كغيره في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع وأما عند ما يكون مقصودا أو بطل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واشتد عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة العيب خاصة وأما طريق أبي حنيفة بين ان يقبض أو لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضائه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب (وأما المسئلة الثانية) فاتهم اختلفوا أيضا في رجلين يتناحان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيرد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر

فقال الشافعي لمن أراد الرد أن يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فن أوجب الرد شبهه بالصفتين المفترقتين لأنه قد اجتمع فيها عقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفتين الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما أن تبعد المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تبعد المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فأما أن تبعد بموت أو فساداً وعق فقهاء الامصار على أنه قوت ويرجع المشتري على البائع بقية العيب وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت والعق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة وأما تبعده بالمبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي إذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك أنه لا يخالو أن يبيعه من يلقه منه أو من غير يلقه ولا يخالو أيضاً أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فإن باعه من يلقه منه بمثل الثمن فلا يرجع له بالعيب وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقية العيب وإن باعه بأكثر من الثمن نظر فإن كان البائع الأول مدلساً أي علماً بالعيب لم يرجع الأول على الثاني بشئ وإن لم يكن مدلساً رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضاً بنفسه البيعان و يعود المبيع الى ملك الأول فإن باعه من عند يلقه منه فقال ابن القاسم لا يرجع له بقية العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقية العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة المبيع وبقية الثمن هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان التي روجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه إذا ظن بالبائع فقد أخذ عوضاً منه من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الأول بخلاف روجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعق ووجه قول أشهب وعثمان أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الامساك أو الرد للجميع فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له إلا ما قص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك إن وهب أو تصدق بربع بقية العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لأن هبته أو صدقته نفوت بالملك بغير عوض ورضي منه بذلك طلباً لا لرجو فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك وأما مالك فقيس الهبة على العقق وقد كان القياس أن لا يرجع في شئ من ذلك إذا ظن أنه لم يمكنه الرد لأن اجتماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب له الإرد أو الامساك دليل على أنه ليس للعيب تأثير في اسقاط شئ من الثمن وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب إذا رجع الى المبيع وقال أشهب إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للتوابع عند مالك كالبيع في انها فوت فهذه هي الأحوال التي تقرر على المبيع من العقود الحادثة فيها أحكامها

﴿ باب في طرود النقصان ﴾

وأما أن طرأ على المبيع نقص فلا يخالو أن يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس فأما نقصان القيمة

و اختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب بالجماع وأما نقصان الحادث في البدن فان كان سيرا غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص من مذهب مالك وغيره وأما نقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقعة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أتى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الحدبد وأبو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدارا العيب الذي حدث عنده وهو قول السناخي الأول والقول الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري أتا أقبض المبيع وتعلمي أنت قيمة العيب الذي حدث عندي فاقول قول للمشتري واخياره وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشأن أبو محمد ابن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ودفعه العيب أو يمسك قلانه فأنجموا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياسا على العتق والموت كون هذا الأصل غير مجمع عليه وقد اختلف فيه عطاء وأما مالك فلما تعرض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له اختيار لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين اما ان يكون مفرطا في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه فليس به على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة أبي محمد فلانه أمر حدث من عند الله كالحديث في ملك البائع فأن الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينقذ في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرمه ان يمكن له تأثير في نفسه الا ان يكون على جهة التغليب عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن وأما العيوب التي في النفس كالاباق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري بطا الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقبعة العيب وسواء كانت بكر أو ثيبا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي رد قبعة الوطء في البكر ولا يرد هاتي التيب وقال قوم بل يرد هاتي بردهمهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت تبيد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكر اربعة العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء التيب شيء لأنه غلة وجبته بالضمآن وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقد روي مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان بن النخعي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة ترد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم نقصان الحادث في المبيعات وأما الزيادة الحادثة

في المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يراد بالبائع وليس للمشتري الا الرد لذائد مع الأصل والأمسك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرض العيب الا الغلة والكسب وحبته أن ماتولد عن المبيع داخل في العقد فلم يكمن رده ورد ماتولد عنه كان ذلك فوات يقتضي أرض العيب الا ما قصمه التصرع من الخراج والغلة وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقية العيب واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقية الزيادة وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التنغير

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقرر البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا يتحلى ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان عن اتفاق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة تاشبهه أهل تلك الصناعة فتقيل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثرا في القبة وفي كونه أضافا قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلقه البائع انه ما حدث عنده وان لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجبه يمين على البائع وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليما ويقوم معيبا ويرد للمشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار يقوم ثلاث تقويمات تقويم هو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه فدر ما تنقص به القبة للمعيبة عن القبة السلعة وان أبى المشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القبة الصحيحة والمعيبة عنده

﴿ الباب الثاني في بيع البراءة ﴾

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يحده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سواء ولم يسمه أبصره أو لم يبصره وبه قال أبو نؤير وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عندنا بمجمله لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا بالبراءة من الحل في الجوارى الراتعات فانه لا يجوز عنده اعطلم الفرغ فيه ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وفردوى عنه أن يبيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة ووجه من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من

حقوق المشتري قبل البائع فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والنقص فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلامه بثمانمائة درهم هو باعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داه لم تسمه فأختصما إلى عثمان فقال الرجل باعني عبداً وبه داه لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقباح العبد وما به داه يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف واربح العبد وروى أيضاً أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما يخص مالك بذلك الرقبون لكون عيوبهم في الأكرث خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حتى ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً باختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الحمل به أن لا يجوز أصله إذا انقاع على جهل صفة المبيع للمؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المسونة عن مالك أن آخر قوله كان أنكار بيع البراءة الاماخف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القاتلين بها بالشرط أعني إذا اشترطها الایبع السلطان والموارث عند مالك فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولما يجوز بالشرط أو مطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه (الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أي تكون خسارته إن هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري إلا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام يبيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجرافة والأبوزن ولا يكال ولا يعد فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن للمشتري إلا بعد القبض وأما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المتبائع والثانية أنه من المتبائع إلا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بما مؤن البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مؤن البقاء واختلاف في هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض عن قال القبض من شروط صحة العقد ولزمه وكيفما شئت أن تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفرق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والمعدل وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له انهم عن بيع مالم يقبضوا ورجع مالم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض

﴿ القول فى الجوائح ﴾

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى النحر فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعه أبو حنيفة والثورى والشافى فى قوله الجديد واليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع عمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا على ماذا يأخذكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضا وذلك أنهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الحان يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر المبيعات ان هذا يبيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يتحقق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضا حديث أبي سعيد الخدرى قال أبيع رجل فى نحر ابتاعها وكتردينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وقاعدته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فحكم بالجائحة فسب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقترام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما يورد من قبل النهى عن بيع النحر حتى يبيد صلاحها قالوا ويشهد لذلك انما كثيرا شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا النحر الا بعد أن يبيد صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها فى حديث أبي سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فله قبض عليه بجائحة أو ان يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجناد أو بعد الطيب وأما الشافى فروى حديث جابر عن سليمان ابن عتيق عن جابر وكان يشفعه ويقول انه اضرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعتش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى أصول الجوائح على من ذهب مالك بنحصر فى أربعة فصول الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح الثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث فى مقدار ما يوضع منه فيه الرابع فى الوقت الذى يوضع فيه

﴿ الفصل الأول ﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العتس كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع آدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان

غاليا كالجيش ولمر ما كان منه بمخافضة (١) جاشحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جاشحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعقد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

﴿ الفصل الثانى ﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فلما التماز ولا خلاف فيها فى المنهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجاشحة واتما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذى يجب فيه الجاشحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول فقليل والكيل وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القبة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ما بقيت الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فان كان نوعا واحدا ليس يختلف قبة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قبة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن فى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القبة فى أجزاء الثمرة ويطونها وفى موضع يعتبر الامر من جميعا حيث يختلف القبة والمالكية محتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها لطلقا بالقليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمر فكان للمشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجاشحة التى على الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا اذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المنهب يضرب فى هذا الاصل مرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجملة اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجاشحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما زمان القضاء بالجاشحة فاتفق للمذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى نقيبة الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا أبقوا المشتري فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيا شيا فقليل فيه الجاشحة تشبها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جاشحة تقرقاينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجاشحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجاشحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جاشحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالسراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجاشحة فيه ومن لم ير الامر فيها واحدا قال ليس فيه

جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول (الجملة الثالثة من اجل النظر في الاحكام)
وهو في تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يبيع
بيع الاصل ومتى لا يبعه جمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشتري
واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه للمبتاع والتارك لها في هذا المعنى في معنى النخيل
وهذا كله ثبت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا فدا برت ففروها
للبائع الا ان يشترطه للمبتاع قالوا فاما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب
انها للمشتري قبل الابار بلا شرط وقال ابو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم
ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاخرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار
ففي اخرى ان يجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكان من باع أمة لها ولد فولدها
للبائع الا ان يشترطه للمبتاع كذلك الامر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤبر اذا بيع الاصل
فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى ان الثمر جزء من البيع ولا معنى لهذا
القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث وأما ابو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل
فيه فاذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل
الخطاب لدليل مفهوم الاخرى والاولى وهو الذي يسمى غوى الخطاب لكن ههنا ضعيف وان كان
في الاصل أقوى من دليل الخطاب وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم معارضة القياس للسمع وهو كما قلنا
ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكورا النخل في طلع اناتها وفي سائر الشجران تنور وتعقد
والتدكير في شجر التين التي تدكر في معنى الابار وابل الزرع تختلف فيه في الذهب فروى ابن القاسم
عن مالك ان اباره ان يفرك فيسا على سائر الثمر وهل للموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل
الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبغي الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يبيع ما لم يؤبر
مأبراً ولا يبعه واتقوا فيما حسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فله يؤبر ان حكمه حكم المؤبر
(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يبعه في البيع
والعتق على ثلاثة أقوال أحدها ان ماله في البيع والعتق لسيده وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعي
والكوفيون والثاني أن ماله تبع له في البيع والعتق وهو قول داود وأبي ثور والثالث أنه يبيع له
في العتق لافي البيع الا ان يشترطه للمشتري وبه قال مالك والليث خجة من رأى أن ماله في البيع
لسيده الا ان يشترطه للمبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً له
مال فله الذي باعه الا ان يشترطه للمبتاع ومن جعل لسيده في العتق فليسا على البيع وحجة من رأى
أنه يبيع للعبد في كل حال انبغت على كون العبد مالاً كما عندهم وهي مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً
كثيراً أعني هل يملك العبد أو لا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث
ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سلباً لان نافع رواه عن ابن عمر عن عمرو سالم رواه عن ابن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموأ
الامر بالجمع عليه عندنا ان للمبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له هذا كان أو عرضاً أو ديناً وقروى عن

التي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق غلاما فإلهه إلا أن يستثنى سيدة ويجوز عند مالك أن يشتري العبد بماله بدراهم وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقدًا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشتري بعضه وقرى بعضهم فقال أن كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخل دراهم بعرض ودراهم وإن كان ما اشترى به عروضًا ولم يكن في مال العبد دراهم جاز وزوجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشتري بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الأبار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه * ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وقائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أو جبردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضا من جعلها في حكم الثمن الأول أن كانت فاسدة ففسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الأول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلاحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو في حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الفريضة قالوا وإذا ألحقت الزيادة في الصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني بأنفاقهم على أنها لا تلاحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثانٍ عليها من الثمن (الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بنية ففقهاء الأمصار متفقون على أنها يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجعالة أنهما يتصالحان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت وأما مالك فعنه روايتان أحدهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم والثانية رواية أشهب والقوت عنده يكون بتغير الاسواق ويزيد المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر إلا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن حينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المقياس هو التحالف والتفاسخ وإنما صار فقههاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما يبيعان متبايعا فالقول قول البائع أو يتردان فمن جعل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى

فيما دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أوقأت فقد حصل القبض شاهد المشتري وشبهة لصدقه واليمين انما يلج على أقوى المتدعين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان وكذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في موطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر لا يشتري بالشراء ومدع عليه عددا ما في الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم وانما خرج مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان احدهما الفسح والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تهت باحداث عقد فيها أو نكأ أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشتري المفقون واختلفوا اذا قبضت ونصرف فيها بعت أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القبة وكذلك اذا تمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القبة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عن مالك تنقسم الى محرمة والمكرهة فأما المحرمة فانها اذا كانت مضت بالقبة وأما المكروهة فانها اذا كانت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع التمر والخزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى أن النهي في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيع الربا والغرر فاذا كانت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقبة لانه قد قبض السلعة وهي تساوي الفاترد وهي تساوي خسارة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فونافي للمبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا كانت وكان البائع هو السلف رد للمشتري القبة ما لم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفعه في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي سلف البائع فقد سط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القبة رد بها ما لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة أفقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ووجه الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه برفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما كان

رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال لهما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزرق خر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء بالجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك لجواب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذا قلنا يقتضى القول في أصول البيوع لفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولئك كثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا واحدا من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجري مجرى الاصول

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان أحدهما عدم النسبة وهو القور والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط التولية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس الاول في معرفة ما هو نسبة مما ليس بنسبة الثاني في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان يتقسمان بقصور كثيرة فيعرض هنالك اختلاف الثالث فيما وقع ايضا من هذا البيع بصورة تختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالفرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم ايضا الى نوعين كاتسام أصله الخمس في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يختلف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب للموضوعة في فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجعلتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تتركب منها ماعدا المسائل التى يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية في كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤول الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسبة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهدين مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعنا ليبلغ به الاجتهاد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له ان يحصل قبله من القدر الكافى له في علم النحو والافقة وصناعة أصول الفقه ويكتفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى قضيا لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجست فقه زياتا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يمرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا التى يقتدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقسمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قسم خفا يوافق فها هو مثال أكثر التفقه في هذا الوقت واذا قد خرجنا عما كاسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدناها (المسئلة الاولى)

أجمع العلماء على أن يبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الامتلا بمثل يدايد الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين فأنهم أجازوا بيع متفاضلا ومنعه نسبة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا فى النسبة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسبة وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أنس بن سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الامتلا بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الفضة بالفضة الامتلا بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تتبعوا امرأ شيئا غالبا ناجز وهو من أصح ما روى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا فى ذلك وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص فى ذلك لانما روى فيه لفظان أحدهما أنه قال انما الربا فى النسبة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الامن بآب دليل الخطأ وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا فى النسبة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ما عدا النسبة فليس ربا لكن يحقل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسبة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محققا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه يبره وموصوفه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لمعوم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الامعاوية فإنه كان يحيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقة فيعطيهم أجرة الضرب يواخسهم دينارين ودرهما وزن ورقه ودرهما فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينار بن على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لا يجوز على جهة المعروف (المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لا يجوز ذلك لجهل المماتلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قبة ما فيه من الذهب والفضة الثلث فأقل جاز يبعه أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والام يجر وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب والفضة المشترطة ويبقى الفضل قبة السيف وبهجة الشافعى هموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الا نصارى أنه قال أنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها ذهب وخز وهى من اللقائم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة فيزعه وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خريجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث (المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا واختلقوا فى الزمان الذى يحسبنا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزا مالم يفرق

للتصارف أن يجمل أو تأخر القبض وقال مالك أن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام إياه وهاء وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من التصرفين على الفور قال إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف ولا تفاهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حالة ولا خيار إلا ما حكي عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المنه في التأخير انتهى فطلب عليه للتصارف أن أو أحدهما غرة قيل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل أنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فبين اصطر حرام بدناير فهو جدي فإدراهما زانقا فأردده فقال مالك ينتقض الصرف وإن كانت دنائير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فافوقه إلى صرف دينار فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين أن يتهي إلى صرف دينار قال وإن رضى بالهرم الزاه لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالهرم الزاه ويجوز تبديله الأنت تكون الزبوف نصف الدراهم أو أكثر فإن ردها يبطل الصرف في المردود وقال الثوري إذا رد الزبوف كان غيبرا إن شاء أبدلها أو يكون شريكاه بقدر ذلك في الدراهم أعنى لصاحب الدراهم وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا وابن وهب من أصحاب مالك يجزى البديل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظر في الصرف ليس لها تأثير ولا سبب في البعض وهو أحسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزبوف قولان فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسئلة أربعة أقوال قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد وقول بإثبات الصرف وجوب البديل وقول بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخير بين بدل الزاه أو يكون شريكاه وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير وأما وجود النقصان فإن المنهب اضطر به غرة قال فيه أنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف وإن طلب البديل انتقض الصرف قياسا على الزبوف ومرة قال يبطل الصرف وإن رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضا إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعنى الصرف للمعقد على التناجز فقبل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقبل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمداً وبورسيف والقولان في المنهب ومعنى الخلاف الخلاف في الصفقة الواحدة بحالطها حرام وحلال هل يبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط (المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وإن اختلف المعدل لا تفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة التهيين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين أحدهما أن يختلف صفة التهيين والثاني أن ينقص أحد التهيين عن الآخر فبطل الآخر أن يز يد بذلك عرضا وأدراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك أمافي الموضع الأول وهو أن يختلف جقس المراطل بهما في الجودة والرداءة أنه متى راطل أحدهما بنصف من الذهب الواحد وأخر ج الآخر تهيين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ فإن ذلك عنده لا يجوز وإن كان الصنف الواحد من التهيين أعنى الذي

أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا أو منسل أحدهما وأجود من الثاني جازت المراطلة عنده وقال الشافعي إذا اختلف الذهبان لا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجيع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة من ذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصر إلى القول بسد الترائم وذلك أنه يثبت أن يكون المرطل اتما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردأ وبأقل منه من الأعلى فيتخرج من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك أن أنسا قال لآخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القبة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الترائم وكتمل اختلافهم في المصارفة التي تكون للمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد أعني إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب وأما اختلافهم إذا قصت المراطلة فأراد أحدهما أن يز يدشيا آخرهما فيه الربا أو ما لا ربا فيه فقرب من هذا الاختلاف مثل أن يرطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذي قص ذهبه أن يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعي والليث إن ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد (المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دينان ولا خر عليه دراهم هل يجوز أن يتصرفا وهي في القصة فقال مالك ذلك جائز إذا كانا قد حلالما وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز ذلك حلا أو لم يحل وحنة من لم يجزه أنه عائب بفائب وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بفائب وأما مالك فأقام حلول الأجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وإنما اشترط أن يكونا حاليين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كاتمة من أصحاب مالك وقرب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقباضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرفين الواحد أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهباً أو بالعكس فقهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحنة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبيع أبيع بالدينار وأخذ الدراهم وأبيع بالدرهم وأخذ الدينار فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا بأس بذلك إذا كان بسعر

يومه خرجهم أبو داود وحجة من لم يميزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره ولا يتبعوا منه غائبا بناجر
المسئلة السابعة) اختلف في البيع والصرف في منتهى مالك فقال انه لا يجوز الآن ان يكون أحدهما
أكبر والآخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دينارين وقيل ان كان الصرف
في دينار واحد جاز كيف ما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا لآخر في الجواز فان كانا معا
مقصودين لم يميز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجد لأن ليس في ذلك ما يؤدي الخلاف والى الغرر

﴿ كتاب السلم ﴾

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب الباب الأول في محله وشروطه الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من السلم
اليه بدل ما اعتقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتجيل والتأخير الباب الثالث في اختلافهما
في السلم

﴿ الباب الأول ﴾

ما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قسم النبي
صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسمون في التمر الستين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
سلف فليسلف في من معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يشئ في القمة وهي
الذرة والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فنعى ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر
مصيروا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جاز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من
ذلك فيما ينضبط عما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فنذهب مالك والشافعي والازاعي والليث
الى أن السلم فيما جاز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم
في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن
عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول
وربما احتجوا أيضا بنهي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم
في الحيوان ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنضدت الابل
فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبي رافع أيضا أن
النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في القمة فسبب اختلافهم شيان
أحدهما تغرض الآثار في هذا المعنى والثاني تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أولا يضبط فمن نظر الى
بيان الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط
ومنها اختلافهم في البيض والذرة وغير ذلك فلم يميز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك
في اللحم أجازه مالك والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والأكارع أجازه مالك ومنعه
أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعي
وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاموال الضابطة للشرعية لاصحاء الفروع لان ذلك غير منحصر
(وأما شرطه) فمنها جمع عليها ومنها اختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن
والقرون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك اما اتفاق المتافع على ما يراه مالك
وجهاته واما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة واما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة

النساء ومنها أن يكون معددا اما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد ان كان مما شأه أن يلحقه التقدير أو منضبطا
بالصحة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل ومنها أن يكون الثمن
غير مؤجل أو لأجل بعيدا مثلا يكون من باب الكال بالكيل هذا في الجلة واختلغو في اشتراط اليومين
والثلاثة في تأخير عقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير
اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيرها بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التقاض
في المجلس كالصرف فهذه مستتقة عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا
والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حال عقد السلم أم لا والثالث اشتراط مكان
دفع السلم فيه والرابع أن يكون الثمن مقدرا اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزاء
فاما الاجل فان أبو حنيفة هو عنده مشروط بحصة لا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالتاخر من منعه
والشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي
فأنه فصل الأمر في ذلك فقال ان السلم في المقهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون من شأنه
بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذي يكون من ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل
شيان ظاهر حديث ابن عباس والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع مالى عند البائع
المتهى عنه وعمدة الشافعي أنه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غررا وربما استدل الشافعية
بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جلا من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر
فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه اياه قالوا فهنا هو شراء حال تمر في التمة وللكية من
طريق المعنى أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان الملقب يرغب في تقديم الثمن لاسترخاس المسلم فيه
والمسلم اليه يرغب في موضع السبته واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين
أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجناد والقطف والحصاد والموسم والثاني في مقداره من
الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن السلم فيه على ضربين ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه
وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاء في البلد المسلم فيه فعال ابن القاسم ان المعتبر
في ذلك أجل مختلف في الاسواق وذلك خمسة عشر يوما ونحوها وروي ابن وهب عن مالك أنه يجوز
اليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى بلدا آخر فان الاجل
عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت وأكثر وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام
فمن جعل الاجل شرطا غير معمل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطا مطلقا باختلاف
الاسواق اشترط من الايام ما يختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجناد والحصاد وما أشبه ذلك
فأجاز مالك ومنع أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير
أجاز ذلك اذ التمر اليسير مغفوف عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة
والنقصان ومن رأى أنه كثير وإنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكما لها
لم يجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم
فان مالكا والشافعي وأحمد واسحق وأبانور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت اباته

وقال نوحية وأصحابه والصورى والاوزاعى لا يجوز السلم الاى ابان الشيء المسلم فيه خفيه من لم يشترط
 الابان ماورد فى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون فى البحر السنين والثلاث فاقربك ولم يهوا
 عنه وعنده الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلموا فى الدخلى حتى
 يبدو صلاحها وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا فى حال العقد وكأنه شبه بيع
 مالم يخفى أكثر وان كان ذلك معينا وهذا فى التمسوهذا فارق السلم بيع مالم يخفى (وأما السرط الثالث
 وهو مكان القبض فان بأحنيقة اشترطه تسعيا بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضى
 أبو محمد الا فعل اشراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك (وأما الشرط الرابع) وهو أن
 يكون الثمن مقدرا مكبلا أو موزنا أو معدودا أو مبروعا لأجوا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه
 الشافى ولا صاحباً أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص الا أنه يجوز عنده
 بيع الجزاف الا فى يعلم الثمن فيه على ما تقدم من منعه وينبى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن
 فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالترع فيما يمكن فيه الترع وبالمعد فيما يمكن فيه المعد
 وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعا
 مختلفة أو مع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون الا فى التمس وأنه لا يكون فى معين
 وأجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مأتومة وكأنه راعى لئلا يفسد التمس

باب الثانى

وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور (مسئلة) اختلف العلماء فى أن السلم فى شيء
 من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى علم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك
 كان المسلم باختيارين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافى وأبو حنيفة وابن القاسم
 وجههم أن العقد وقع على موصوف فى التمس فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار
 هذه السنة وانما هو مسمى شرطه المسلم فهو فى ذلك باختيار وقال أشهب من أحبب مالاً بنفسه السلم ضرورة
 ولا يجوز التأخير وكأنه مرأه من باب الكالى بالكالى وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى
 القابل واضطرب قول مالك فى هذا والمفتد عليه فى هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة والشافى وابن القاسم
 وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى والكالى بالكالى انتهى عنه اعماله المقصود لا الذى يدخل
 اضطرارا (مسئلة) اختلف العلماء فى بيع السلم فيه اذا حل من السلم اليه قبل قبضه فمن
 العلماء من لم يجوز ذلك أصلا وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد
 واسحق وشمسك أحمد واسحق فى منع هذا بحدى عطية العوفى عن أنى سعيدها خبرى قال قال الرسول الله
 صلى الله عليه وسلم من أسلم فى شيء فلا يصرفه فى غيره وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه
 فى موضعين أحدهما اذا كان السلم فيه طعاما وذلك بناء على منعه فى أن الذى يشترط فى بيعه القبض
 هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث والثانى اذا لم يكن السلم فيه طعاما فأخذ عوضه السلم
 ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا فله أن يأخذ السلم من المسلم
 اليه اذا حل من أجل شىء من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله ما سلف وزيد ان

كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم وأما حين سلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعماً لم يجوز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لأنه يحمل على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان أقل جودة لأنه عنده من باب البذل في الدنيا ويرى الاحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيته شعيراً وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم يهيمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ درهم في دنائير لم يهيمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنائير من غير صنف الدناير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبائع ما لم يكن طعاماً لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتنوع الى بيع وسلفاً وإلى وضع وتجهل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلفه اذ احل الأجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التنوع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الترائع (مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئاً بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزئه أصلاً ويرأى أن الاقالة نسيئة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الآن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع السلم فيه قبل القبض على الإطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يبيع المسلم فيه قبل القبض على ما صلته قبل هذا من منعه ومن العلماء من أجاز به وقال الشافعي والثوري وسبغتهم ان بالاقالة فسلك رأس ماله فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الرديء بالمسلمين غير جائز قالوا ما حدث أبي سعيد فإنه انما وقع النهي فيه قبل الاقالة (مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنظرك بالخمن التي دفعت اليك فقال مالك ومطاعة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع آخره عنه على أن يقبله فكان ذلك من باب بيع الطعام المأجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا منع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والدين رأوه جائزاً رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلماً صفتته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله (مسئلة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل درهم ودناير المأجل فدفعها اليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها واختلوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أيهما قبل عمل الأجل لم يلزم أخذها وقال الشافعي ان كان بما لا يتغير ولا يقصد به النظرة لزمه أخذها كالنحاس والحديد وان كان بما يقصد به النظرة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن سلم في قطاف الشتاء فيأتي به في الصيف فقال ابن وهب وجاعة لا يلزم ذلك وصحة

الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل عمل الأجل من قبل أنه من صفاته إلى الوقت المضروب التمس
قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك التناثر والتمسك إذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الأجل
نقطة أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين
أعنى بعد الأجل وقبله فسيب التناثر والتمسك (مسئلة) اختلف العلماء فبين أسلم إلى آخر وأما
منه طعاما على مكيلة مما فخر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن
يكيه وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط التقدير والاختلاف أن
يكون من باب الربا كأنه انما قصد في الكيل لكان أنه انظره بالتمن وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري
والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيه البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله نفسه بحضرة البائع وحبهم
أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيه لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيه البائع لأنه لما كان
من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن
بيع الطعام حتى يجري فيه الصانع صاع البائع وصاع المشتري واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل
الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع
لأنه قصد صدقة المشتري عند قبضه إياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

﴿ الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم ﴾

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو الموقن وإما في جنسهما وإما في أجل وإما في مكان قبض
السلم فاما اختلافهم في قدر السلم فيه فالقول فيه قول المسلم إليه أن أي بما يشبهه والآخر قول المسلم
أن أي أيضا بما يشبهه فان أيًا بما يشبهه فالقياس أن يتعاقبا ويتفاضلا وأما اختلافهم في جنس السلم
فيه فالحكم في ذلك التعاقب والتفاضل مثل أن يقول أحدهما سلت في تمر ويقول الآخر في قح
وأما اختلافهم في أجل فان كان في حله فالقول قول المسلم إليه وان كان في قعره فالقول أيضا قول المسلم
إليه إلا أن يأتي بما يشبهه مثل أن يدعي المسلم وقت ابن السلم فيه ويدعي المسلم إليه غير ذلك الوقت
فالقول قول المسلم وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله
وان لم يدعه واحدهما فالقول قول المسلم إليه واختلف سحنون في الوجه الأول فقال القول قول المسلم
إليه وان ادعى القبض في موضع العقد واختلف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال إذا لم يدع واحدهما
موضع العقد تعاقبا وتفاضلا وأما اختلافهم في الثمن حكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض
وقد تقدم ذلك

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر في أصول هذا الباب إما أن لا يهل بجوراء لا وان جازفكم مدة الخيار وهل يشترط التقدير أم لا وعن
ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره عن لا يصح وما يكون من الأفعال خيارا
كالقول أما جواز اختيار ضليحة الجمهور الاثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعدة الجمهور
حديث حبان بن منتقد وفيه واك الخيار ثلثا وما روى في حديث ابن عمر البيهقي بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع
الخيار وعدة من منعه أنه قرر وأن الأصل هو المزمع في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من
كتاب الله أو سنة نبيه أو إجماع فلا وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله

عليه وسلم أنه يخضع في البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الإبيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما صاحبه اختر وأملددة الخيار عند الذين قالوا يجوز له فرأى مالك أن ذلك ليس له فصرح بحديث نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أصحاب أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جني وجاعة يجوز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعي أن وقع الخيار في الثلاثة الأيام من الخيار المطلق فقال أبو حنيفة أن وقع في الثلاثة الأيام جاز وإن مضت الثلاثة ففسد البيع وقال الشافعي يلحقه فاسد على كل حال فهذه هي أقوال فقهاء الأمصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقاً أم مقيداً وإن جاز مقيداً فكيف مقداره وإن لم يجوز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وإن وقع في الثلاث فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه وأما عمدة من لم يجوز الخيار إلا ثلاثاً فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذين حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من الزانية وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام وأما حديث منقذ فاشبهه طرق المتصلة ما رواه محمد بن إسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنفذ وكان يخضع في البيع إذا ابتعت فقل لا خلاية وأنت بالخيار ثلاثاً وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكذا النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أو بدبه العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أو بدبه الخاص وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجيع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فاتهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي مصيبتهم من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وقد قيل في المذهب أنه إن كان هلك ييد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه وإن كان هلك ييد المشتري فالمحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مبيعاً فبالبائع عليه فضمانه منه وإن كان مبيعاً لا يغيب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة إن كان شرط الخيار لكليهما للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلقاً حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم يشترط للمالك عن البائع كالأقال

بعتك ولم يقل المشرى قبلت وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلا أنه إن كان البائع هو المشتري فالخيار له إبقاء للبيع على ملكه وإن كان المشتري هو المشتري له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خياراً ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخره ولكن هذا القول يمانع الحكم فإنه لا بد أن تكون معييته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشروط لا يقع الفسخ في البيع أو لتبقيم البيع فإذا قان الفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وإن قلنا لتبقيمه فهو في ضمانه

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فإن مالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا يورث لأنه إذا مات صاحب الخيار فالورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار الغنعة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الزهين وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه أعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له النسخ من ذلك أعنى للأب وكذلك خيار الكفاية والطلاق والمعنى خيار الطلاق أن قول الرجل لرجل آخر طاق امرأتي متى شئت فموت الرجل المجهول له الخيار فإن ورثته لا يترزون نزته عن مالك وسلم الشافعي ماسلت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائد خيار الإقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال الأماقام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلم له خصمه منها بما يسلمه منها ويحتج على خصمه بالملكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه ورثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تحتج أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى فأرقا فيا يختل فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالشد أعنى أن يعطى فمقا فيما يضعه الخصم متفقاً ويعطى اتفاقاً فيما يضعه الخصم متبايناً مثل ما تقول للملكية أنما قلنا خيار الأب في رد هبته لا يورث لأن ذلك خيار راجع الى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة فوجب أن لا تورث لآلى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعنى أنه من اقتدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ومن اقتدح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه (وأما المسئلة السادسة) وهي من صح خياره فأنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قولي لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز خياره عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وقبول مالك قال أبو حنيفة وأبو الثعلبي على أن الخيار للاجنبي إذا جعله له المتبايعان وإن قوله لازم لهما واختلف المذهب إذا جعله

أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع اختيار أو المشتري ومن جعل له المشتري اختيار فقبل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري أى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فعين اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز اختيار فوق الثلاث وخيار رجل بعيد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعي لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة صح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد ام لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا

﴿ كتاب بيع المراجعة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مسلومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذكر البائع للمشتري الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه رجوعا للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين أحدهما فيما البائع أن بعده من رأس مال الساعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما يملكه ان بعده من رأس المال والموضع الثانى اذا كنف البائع للمشتري فأخبر انه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان الباب الأول فيما بعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الرجوع الثانى في حكم ما وقع من الزيادة والنقصان في خبر البائع بالثمن

﴿ الباب الأول ﴾

فأما ما بعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل منه مالاك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الرجوع وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الرجوع وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الرجوع فأما الذى يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الرجوع فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الرجوع فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كعمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها وأما ما لا يحسب فيه في الامر بن جية فخالفه لا تأثير في عين الساعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطنى والشدة

وقال أبو حنيفة بل يحمل على من السلعة كل ما ياب عليها وقال أبو ثور لا يجوز المراجعة إلا بالثمن الذي اشتري به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لأنه كذب لأنه يقول له من سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو عنده من باب الغش وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز ان يخبر به فان مالكاً واليثة قال فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلاف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مراجعة أم لا يجوز فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقية العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراها به من العروض ولا يجوز على القية وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مراجعة لأنه يطالبه بعروض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلاف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عرضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مراجعة دون ان يعلم بما قد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز إلا ان يعلم ما قد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مراجعة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة أجل فباعها مراجعة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه

باب الثاني

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مراجعة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما بينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجاعة المشتري بالخيار اما ان يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الإطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي ان ألزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجاعة بل يبقى البيع لازماً له بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط خفيفة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما أرعاه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فمناظره خلاف ما قال وجب ان يرجع إلى الذي ظهر كالأخذ بكل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب وأما اذا قامت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن للمبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشئ وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح وأما اذا باع الرجل سلعته مراجعة ثم أقام البيعة ان تمها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البيعة لأنه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجوز للمبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لأنه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا قامت السلعة ان المبتاع غير بان ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذي صح فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا

الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في منذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل ومتركب منهن: مسألة الكذب وحكم مسألة الغش وحكم مسألة وجود العيب فأما حكم الكذب فقد تقدم وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق وأما حكم الغش عنده فهو تغيير البائع، طاعا وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كالمالك في مسألة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عندنا شبه فإن الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التي تركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل منذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما أما على التصيير حيث يمكن التصيير أو الجمع حيث يمكن الجمع وفصيل هذا لا نكتب الفروع أعني منذهب ابن القاسم وغيره

﴿ كتاب بيع العربية ﴾

اختلاف الفقهاء في معنى العربية والرخصة التي أمت فيها في السنة فحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب للمالك أن العربية في منذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من - قط لرجل بعينه فيجزز للمعري شراؤها من المعري له بخبرها تمر على شروط أربعة أحدها أن تزهى والثاني أن تكون خمسة أوسق فإدواون فإن زادت فلا يجوز والثالث أن يعطيه التمر الذي يشتري به له عند الجذاذ فإن أعطاه تقدا لم يجز والرابع أن يكون التمر من صنف تمر العربية ونوعها فعلى منذهب مالك الرخصة في العربية أنما هي في حق المعري فقط والرخصة فيها أنما هي استئناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن صنف الرابا أيضا أعني التفاضل والنساء وذلك أن يبيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم ياخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا تمر بجر إلى أجل فهذا هو منذهب مالك فيأهي العربية وماهي الرخصة فيها ولبن الرخصة فيها وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فهي ليست للمعري خاصة وأنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا التمر من التمر أعني الخمسة أوسق أو مادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها أنما هي معاقبة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر (٧) يشتري به الرطب والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع به العربية أن يكون نفدا ويؤخذ أن تفرق قبل القبض فسد البيع والعربية جائزة عند مالك في كل ما ليس ويدخو وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة أوسق عند مالك والشافعي وعندهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما وللعن والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالك في العربية في أربعة، وأضع أحدها في سبب الرخصة كما قلنا والثاني أن العربية التي رخصها فيها ليست هبة وإنما سميت هبة على التجوز والثالث في اشتراط النقد عند البيع والرابع في محامها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل ما يدخو ويبس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالك في أن العربية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة أنما هي عنده فيها للمو هو بيه أعني المعري به (٧) هكذا بالنسخ ولعله وعنده تمر يشتري أذهي فسحة لمن عنده تمر وليس عنده رطب أن يشتري، الرطب بالتمر ولذلك اشتراط الشافعي دفع التمر تقدا فاقبل اه مصححه

للمعري وذلك انه يرى ان له ان يبيعها عن شاء بهذه الصفة لامن المعري خاصة كاجذب اليه مالك وأما أبو حنيفة فيوافق مالكاً في ان العربية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها بست هي من باب استثنائها من المزبنة ولاهي في الجلة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان للموهوب له لم يقبضها ولمست عنده يبيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها ثم يخرجها لعمدة مذهب مالك في العربية انها باصفة التي ذكر سنها المشهورة عندهم بللمدينة قالوا أصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشقى عليه دخول الموهوب له عليه فأبيع له أن يشترها بخمر صها ثم اعند الجنداد ومن المحلة في أن الرخصة انما هي للمعري - حيث سئل بر أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص في العربية أن يباع بخمر صها يأكلها أهلها رطباً قالوا فقولها يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بمعرها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تأويل لا يناسب المعري وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونه به ولذلك كانت الهبة للشافعي وامان العربية عنده هي الهبة فالليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العربية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فليل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سأته ومنه قوله تعالى (وأطعموا القانع والمعتز) وانما اشترط مالك هذا الثمن عند الجنداد أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لأنه تمر ورد الشرع بخمره فكان من سنته أن يتأجل الى الجنداد أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده انه اذا طوع بعد تمام العقد بتججيل الترخار وأما شرائطه جوازها في الخمسة الاوسق أو فبادونها فلعمرواه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخس في بيع العربا بخمر صها فبادون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وانما كان عن مالك في الخمس الاوسق روايتان للشك الواقع في هذا الحديث من الراوى وأما شرائطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا بيع فلعمرواه عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العربية أن يبيعها بخمر صها ثم اخبره مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع ابن خديج وسهل بن أبي حنيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المزبنة التمر بالتمر الا أصحاب العربا فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطباً والعربية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انما كان المعروف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا التمر فبادونه خمس هذا التقدير الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة وقد احتج لذهب بعمرواه بأسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عراياكم هذه قال فسمي رجلاً لا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب أثمى راساً أي يدهم قد يتناعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخس لهم أن يتناعوا العربا بخمر صها من التمر الذي بأيديهم يأكلونه رطباً وانما يجوز تأخير هذا التمر لاننا مع الضمان بالعلم نسبته وأما أحمد - فحجته بظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص في العربا ولم يخص للمعري من غيره وأما أبو حنيفة فلعمرواه بخمر صها عند المزبنة وكانت ان جعلت يباع نوعاً من المزبنة رأى ان

انصرفها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطائه خرصها عمرا وتسميته اياها يعاينده مجاز وقد تنفذ الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدرهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع منها انه لم يسرها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه لا تكون العربية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هي في البيع والحجب منه انه سهل عليه أن يستثنى من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعني ان أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفي أيام أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين القسم الأول في أنواعها وشروط الصحة والفساد والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما في ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما في ذلك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدرا الأول وحكي عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى (اني أريد أن أنكحك احسدى ابني هاتين) الآية وقوله (فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبوبكر رجلا من بني الدليل هاديا خريشا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحتيهما وواعداه غارنور بعد ثلاث ليل بالراحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشروط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالخال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع مالم يخلق ويحن هول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء (القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس النفقة التي يكون الثمن مقابلها وصفتها فأما الثمن فينبغي أن يكون مالم يجوز بيعه وقد قسم ذلك في باب البيوع وأما النفقة فينبغي أن تكون من جنس مالم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فيما جازعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النواجم وأجر المغنيت وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة السور والذواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب

واليسط واختافوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة ررو الفحول فأما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجزوا ذلك بنة وهم الاقل وبه قال طائوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور يجوز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالبراهم والدينار فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وماعدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الأرض بماعدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ومن قال بهذا القول سلم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقاد قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجاعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ملوآه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روي مالك من تخصيص الراوي له حين روي عنه قال حنظلة فسلأت رافع بن خديج عن كراؤها بالنهب والورق فقال لا بأس به وروي هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوي وروي عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤجرها فهذه هي جهة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض وقالوا أيضا من جهة المعنى أنهم لم يجز كراؤها لما في ذلك من الفرر لأنه يمكن أن يصبب الزرع جثشة من فلأولها وأغرق فيكون قد زرع كراؤها من غير أن يتفجع من ذلك بشئ قال القاضي وبشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء وبه الشبه بينهما انهما أصلا مختلفان وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالبراهم والدينار فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فليزرعها ورجل منح أرضا فهو يزرع لمنح ورجل اكترى ينفه وأفضة فالوا فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والاحاديث الاخرى مطلقا وهذا مقيد ومن الواجب حل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراءها بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكرها حديث سعيد بن المسيب مرفوعة فيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا أيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسبة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها اما بالطعام فحجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجة على منع كراؤها مما تبنت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض

بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كرامها بجميع العروض والطعام وغير ذلك بما يخرج منها أنه كرامة منتفعة معاومة بشئ معلوم بخاز قياسي على إجارة سائر المنافع وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا أكرتني رافع قالوا فقبجاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرهما قال كثر أهل المدينة حقلا مالا وكان أحدهما يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم بخروج البخاري وأما من لم يجز كرامها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثار أما الاثر فلورد من النهي عن المخاربة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تمنعون بمحافلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتعولوا زرعوها أو زارعوها أو اسكوها وهذا الحديث انفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم وأما من أجاز كرامها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخيل وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما يخرجها الأرض والخمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة للتون وإن صحت أحاديث رافع جلتها على الكراهية لاعلى الخطر بدليل ما خرج البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يثمه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيئا قالوا وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأفرهم ﴿ وأما إجارة المؤذن ﴾ فان قوما لم يروا في ذلك ناسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذوه ذنا لا يأخذوا على أذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب * وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معنوه في القيود فقلنا لهم نعم فجأزه فجعلنا قرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بر بقي ثم أتفل عليه فكأنما أنشط من عقال فأعطوني جملا فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأته فقال كل فلعمري لمن أكل برقية باطلا فلفدا كات برقية حقا وبما روى عن أبي سعيد الخدري أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة غروا يحيى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحنظلية أوقف عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطيعا من الغنم فأني أن قبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بهرقته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا الى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا لم يكن الجعل المذكور في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرق وسواء

كان الرق بالقرآن أو غيره الاستتجار عليه عندنا جائز كالعلاج بقتلوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس * وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والى سواها فأجاز مالك أن يكره الرجل خلع على أن ينزأ كواستتجاره ولم يميز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي وحنيفة من لم يميز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ومن أجاز به سائر المتأخرين وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع واستتجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استتجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استتجار نقاعة للشم ولا طعام لثريين الخانوت إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة البهائم والدناير وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو فرض وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعمون ذلك بصح وتنازم الأجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لأنه لم يتصور فيها منفعة الا بالاف عينا ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن تجعل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة * وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمننا في المبيعات وما لا يجوز وما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحول ومن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من البقيق الذي يطعمه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استتجار من المستاجر بعين ليس عنده ولا هي من الأشياء التي تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من البقيق فسدلتهه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردي يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحت كسب الحجام وبما روي عن أنس بن مالك قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروي عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي جحيفة فكسر حاجبه فقلت له يا أبا جحيفة كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وأما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس قال احتجهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا بأطبية فحجمه فساءه كهمز يبتك فقال ثلاثة أصح فوضع عنه صاعا وعنه أيضا أنه أمر الحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخففوا عنه وأما الذين قالوا بكرهيته فاحتجوا بما روي أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصاري فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه فانحننا وبما روي عن ربيع من بني حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجع حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ألقه كسبه فانحننا وأطعمه رقيقك

(ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجرة دار سكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة وعلقه رآهم من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن ويجنس المنفعة * وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأصنام مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة أن من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك إما بأنها مثل خياطة الثوب وعمل الباب وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير وذلك إما بالزمان أن كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والخوانيت وإما بالمكان أن كان مشيا مثل كراء الواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز اجارات المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يبيع وعليه وعمدة الجمهور أن الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الثمن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساواة والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما غروجهما عن الأصول واتفق مالك والشافعي على أنهما إذا ضرا بالمنفعة التي ليس لها غاية أمدًا من الزمان محسودا وحددا أيضا وأول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد إن ذلك جائز واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو وحددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدأوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أول الوقت عنده مالك وقت عقد الاجارة فنهى الشافعي لأنه غرر وأجاز مالك لأنه معلوم بالعادة وكذلك لم يجوز الشافعي إذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجاز مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعين الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر بمالا يتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها كراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا عام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراءها الاثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فلا اختلاف ههنا في ثلثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقول المدة مثل أن يقول أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أو يعلل من هذه الصبرة بحسب القفيز بغيرهم وهذا لا يجوز غيره وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعقود عنه أو انتهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجاز مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقرن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا يجوز لان عنده أن الاتفاق بها مع الاشاعة متعذر وعنده مالك والشافعي أن الاتفاق بها ممكن مع شرطه كاتفاق للمكرى بهلمع شرطه كاتفاق برب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فنهى الشافعي ذلك

على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعنى في كل أجبر وأجاز ذلك أبوحنيفة في النظر فقط
وسبب اختلاف هل هي اجارة مجعولة أم ليست مجعولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمشون
واما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع
في التمتع قياسا على البيع والذي في التمتع من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة
عنده كالحلل في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي
منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحل الذي تستوفي به منفعة
المركوب وعندما لك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم
أنه اذا استأجر الراعي على غنم بأعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره نازم الجملة بغير
شرط ومن شرط اجارة التمتع أن يجعل النفع عندما لك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة
الارض غير المأثورة السقي عنده أن لا يشترط فيها التقيد بالبعدارى واختلفوا في الكراء هل يدخل
في أنواعه اختيار أم لا فقال مالك يجوز اختيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعي
لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشغل
على النظر في محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهي الاشياء التي تجرى من هذا العقد بحرى الاركان
وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفاسد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر
في الجزء الثاني وهو أحكام هذا العقد

الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جلتين الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه
من غير حدوث طارئ عليه الجملة الثانية في أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم في الاشارة الى معرفة
موجبات الضمان وعلمه ومعرفة وجوب القسح وعلمه ومعرفة حكم الاختلاف (الجملة الاولى)
ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند
مالك وأبي حنيفة ان الثمن انما يلزم جزأ جزأ بحسب ما يقبض من المنافع الآن يشترط ذلك أو يكون
عندها لك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معيناً أو يكون كراء في التمتع وقال الشافعي يجب عليه الثمن
بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كأنه رأى أن
آخره من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكرت دابة أو داراً وما أشبه ذلك هل له أن يكرى
ذلك بأكثر مما اكره فأجاز مالك والشافعي وجاعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبوحنيفة وأصحابه
وعمدتهم انه من باب بيع مما يضمن لأن ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكري وأيضاً فانه من باب بيع
سالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً وعن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفیان
الثوري والجمهور رأوا أن الاجارة في هذا شبيه بالبيع ومنها أن يكرى الدار من الذي أكرها منه
فقال مالك يجوز وقال أبوحنيفة لا يجوز وكأنه رأى أنه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب
أكل المال بالباطل ومنها اذا اكرت أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر
الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض السور

المكررة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه أنه على المكترى وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنف في هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينسحب عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب (الجملة الثانية وهي النظر في الأحكام الطوارئ)

الفصل الأول منه وهو النظر في القسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى أنه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى أنه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل أن يكرى دكاناً يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أي حنيفة انه شبه ذهاب ما به تستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الطاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعها وذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها وأخيطة قيص بعينه فهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتي بغيره مثلهما ليرعاها أو قيص مثله ليخطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد لتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافاً في المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما قصد عينه أو مما لا قصد عينه فان كان مما قصد عينه انفسخت الاجارة كالعقار اذا مات الطفل وان كان مما لا قصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت أو ما شبه ذلك واشترط ابن القاسم في المذونة أنه اذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز الآن يشترط الخلف هو التلف منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف ساقها الى الفسخ رأى انه من باب الفرر فلم يجز الكراء عليها الا بشرط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكري والمكترى فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة للمكررة من ملك الى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني انه لا يجوز فلما كان لا يجمع العقدان معا غلبها انتقال الملك والابقي الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وروى ما شهور الاجارة والنكاح اذا كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالمتوهم بعيد عما احتجوا على المالكية فقط بان الأجرة عندهم تستحق جزأ جزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوي

في ملك الوارثهما بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعمومه والميت لا يثبت عليه دين بإجاء بعمومه وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الأجرة يجب عندهم نفس العقد على ما سلف من ذلك وعندما لك ان أرض المطر اذا أكرمت قنع المحط من زراعتها وزرعها فلم يثبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعمرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن للكثري من أن يزرعها وصار الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء وعنده أن الكراء الذي يتعاقب بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكثري عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء وأما ان لم يكن الوقت مقصودا فإنه لا ينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان فأما الكراء الذي يكون في الثمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة اذ كان لم ينفع الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الثمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها

في الفصل الثاني وهو النظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال فأما بالتعدي فيجب على المكثري باتفاق واختلاف انما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجب وفي فقهه فمختلف اختلاف العلماء في الأعضاء فمن اكرتري دابة الى موضع ما فتعدي بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأجمع عليه الكراء الذي التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قبة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعداة انما ضمن لها فعمدة الشافعي انه تعدي على المنفعة فلزمه أجرة للمثل أصله التعدي على سائر المنافع وأما مالك فمكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدي عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف وأما من ذهب أبي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية والأقرب الى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعندما لك ان عثرا الدابة لو كانت عثور تعدت من صاحب الدابة يضمن بها الجمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الامن جهة المصلحة فهم الصانع ولا خلاف عندهم أن الأبجر ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الآن يتعدي ما عدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الآن تقوم له يئنة على هلاكه من غير سببه وأما ضمن الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر والشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم يتصّب للناس وهو من ذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن ونخصيل من ذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبضمن الصانع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والنسريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا بالنظر الى المصلحة وسد الثغرة وأما من فرق

بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة الفايض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه مدخربة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل العوث وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وماعدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل ضمن وشأنه شهب فضمن الصانع ما قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تضمينهم ولا تفرط وهو شذوذ ولا خلاف أن الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك إذا قامت البيئة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا إذا كان هلاكه بعد تمام الصناعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لأجرة لهم وقال ابن المواز لهم الأجرة ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يضمن عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز أقبس وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن بشر كوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من الموجه وأصل من ذهب مالك أن الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا علم في حاتوته وإن كان صاحبه قاعدا معه إلا فيما كان فيه تفرير من الأعمال مثل نقب الجوهر ونقش القصوص وتقويم السيوف واحترق الخبز عند الفرن والطيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الآن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ وأما الطيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيادون الثلث وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضا مسائل ففما انهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصناعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع وسبب اختلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها إذا ادعى الصانع رد ما استتمت بوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصانع البيئة لأنهم كانوا ضامنين لما أتى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع إن كان ما دفع اليهم دفع بغيره وإن كان دفع اليهم بيته فلا يرون إلا بيته وإذا اختلف الصانع ورب المصنع في دفع الأجرة فالشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بمعد ثبات ذلك وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك إذا اختلف المكري والمكري وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وإن طال وهو الأصل وإذا اختلف المكري والمكري أو الأجير والمستأجر في مدة الزمان التي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا ادعى أن المنفعة لم تسوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالشهور في المذهب أن القول قول المكري والمستأجر لأنه الغارم والأصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكري له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل العار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل

الأجبر فالقول قول الأجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في السواب وفي الواحد ذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فإن كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ باختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أولم ينقذ وقال غيره القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبهه ، قال وإن كان اختلافهما في قدر المسافة فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وإن كان بعد ركوب كثير أو بلغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انتقد وكان يشبهه ماقال وإن لم ينتقد وأشبهه قوله تحالفاً وبفسخ الكراء على أعظم المسافتين فاجعل منه للمسافة التي ادعاهها رب الدابة أعطيه وكذلك إن انتقد ولم يشبهه قوله وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري تماماً ولم ينقذ لانه مدعى عليه وإن اختلفا في الأمرين جميعاً في المسافة والثمن مثلاً أن يقول رب الدابة بقرطبة أكثر منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكتري بل بدينار إلى اشبيلية فإن كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لأضرر عليهما في الرجوع تحالفاً وتفاسخاً وإن كان بعد سير كثير أو بلغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فإن كان لم ينقذ المكتري شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكتري في الثمن ويغرم من الثمن ما يجبله من قرطبة إلى قرمونة على أنه لو كان الكراء به إلى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكتري وإن لم يشبهه ماقال وأشبهه ماقال رب الدابة غرم دينارين وإن كان المكتري قد انتقد الثمن الذي يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبهه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى لذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لي وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة يسقط عنه ما لم يقربه من المسافة أشبه ماقال أولم يشبهه إلا أنه إذا لم يشبهه قسم الكراء الذي أقربه للمكتري على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاه وهذا القدر كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الأبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلاً والثاني أن يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولن جاء به حل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الأباقي والسؤال وملجاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه القرار الذي فيه قياساً على سائر الاجارات ولا خلاف في منعه مالك أن الجعل لا يستحق ثمن منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه في كراهة السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهبا إلى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أعجبه له قدر ما بلغ من المسافة فأجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصنف ان الجعج فهو جعل وإن لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحل

وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا يقتنع الجاعل بجزء منه لانه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل (١) ولم يأت بالنفقة التي انقعد الجعل عليها لم يكن له شيء فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أو لا يجوز مثل اختلافهم في الجماعاة على حفر الآبار وقالوا في المفارسة انها تشبه الجعل من جهة البيع من جهة وهي عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يفرس فيه عدداً من الثمار معلوما فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فافقه الاسلام وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الإجارة المجبولة وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرقي بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد وإن كان اختلقوا فيها هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجله على أنه لا يقترن به شرط يزبد في مجهولة الربح أو في القرض الذي فيه وإن كانت اختلقوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالذناير والبراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجله فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم

﴿ الباب الأول في محله ﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها وأما محله فأنهم أجمعوا على أنه جائز بالذناير والبراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزّه ابن أبي ليلى وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضا كان غرضاً لأنه يقبض العرض وهو يساوي قبة ما ويرده وهو يساوي قبة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولاً وأما إن كان رأس المال مابياً يباع العروض فإن مالاً كان منه والشاقي أيضاً وأجازاه أبو حنيفة وهدمه مالك أنه قارضه على ما يبيع به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول فكانه أنما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضاً أنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكف القراض في ذلك من البيع وحيثئذ ينضرب رأس مال القراض وكذلك أن أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ولعل هذا هو الذي جوزّه ابن أبي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فأنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا إنما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذي اشتري به الثوب وبشبهه أيضاً أن جعل رأس المال الثمن أن يتم للمقارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلاف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشبه منع ذلك

(٧) هكذا بالنسخ ولعله للعمل لأن الملتزم للجعل هو المنتفع أو يجعل اللام للعلّة تأمل اه مصححه

وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالتنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالمروص ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلاف أيضا أصحاب مالك في القراض بالقول فمنعه ابن القاسم وأجازها شهاب وبه قال محمد بن الحسن وجهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه قراضا قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فخشافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزديه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في القصة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا فيه من أمر رجلا أن يقبض دينه على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لأنه وكاه على القبض لأنه لا جعل القبض شرطا في المصارفة فهذا هو القول في عمله وأما صفة فهي الصفة التي قدمناها

باب الثاني في مسائل الشروط

جاء لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غر أو إلى بطلان أو إلى مخالفة بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهم لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجعولا وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق بشرطه أحدهم المصاحبة مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه أحسن من رب المال وتطوع إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لأنه إن كان خسran فعلي رب المال وهذا يفارق الفرض وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبّهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتادا على حديث بريرة المتقدم واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مامن الساع أو تعيين جنس مامن البيع أو تعيين موضع مالت التجارة أو تعيين صنف مامن الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وتقام من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضيق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كالأشراط عليه أن لا يشتري جنسا مامن السلع لكن على شرطه في ذلك باجتماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجاز أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى أن في ذلك تضيقا على العامل يدخل عليه من يدغره لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة ومن هذا الباب

اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه أشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يميزه انه تعود حصته العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ونسبها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الا ربع العشر أو النصف الا ربع العشر أو الربع الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقرض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقرض على رب المال في المنهيب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العمل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازوه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال أشهب من أحبب مالك لا يجوز ذلك فنأجز ذلك شبهه بالرجل يقترض الرجلين ومن لم يميز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللغلام فيما عمل أجره المثل وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا

﴿ القول في أحكام القراض ﴾

والاحكام منها ما هي أحكام القراض الصحيح ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ فطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم ينسرع العامل في القراض واختلفوا اذا تسرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمنا كانوا في القراض مثل أبيهم وإن لم يكونوا أمنا كان لهم أن يأتوا بأمين وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك أئزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقرض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسرت ثم نجح ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قرضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فربح المقرض أن يعمل رأس المال ببقية المال بعد البتة هالك هل لذلك أم لا فقال مالك وجهور العلماء ان صدق رب المال أو دفع رجل مالا قرضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قرضا على الشرط المتقدم لم يميز حتى يفاضله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن

حبيب من أصحاب مالك أنه يلزمه في ذلك القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من أحكام الطواريء ولكن ذكرنا هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقرض عليه أم لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعي في أشهر أقواله لا نفقة له أصلاً لأن يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال إبراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجهور العلماء الآن مالكا قال إذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً وقال الثعلبي يتعدى في المصر ولا يتعدى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المتأخر وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الأول ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بمحضرة رب المال وإن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وإنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيته ولا غيرها ﴿القول في أحكام الطواريء﴾

واختلفوا إذا أخذ المقرض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصلق فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري مأخذ العامل برده ويجبره رأس المال ثم يقتسمان فضلاً إن كان هنالك واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقذه البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال غير أن شاء دفع قبية السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطاً من المقرضة وإن شاء تبرأ عنها وقال أبو حنيفة يلزم ذلك الشراء رب المال شبهة بالوكيل إلا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا أعني ثمن تلك السلعة التي تلفت أو لا والفقن الثاني الذي يلزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجاز أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز الشافعي بشرط أن يكون نافداً تبايعاً بما لا يتغابن الناس بمثله ووجعاً مكره من ذلك مالك أن يكون برخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخس من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لأعلى رب المال لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض فقال مالك ذلك لا يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه لا يجوز أن يستدين على المقرضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ينفقها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمر به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فإن فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لذلك والجيع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال فمن رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف

مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل بخلاف مالك في القراض من غير إذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالك هو تمتد ويضمن وقال مالك ليس يتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الاصمارة أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخرانه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على القرض دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال وقال المزني عن الشافعي ليس له الاجرة مثله لانه عمل على فساد

﴿ القول في حكم القراض الفاسد ﴾

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فساده ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فاسد بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال أحدهما أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب والثاني أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك وحكي عبد الوهاب انها رواية عن مالك والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمي أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشروط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذي سمي له ان كان المقارض هو مشروط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفردهما عن صاحبه الى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشروطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الفرر والجبل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فمنهم من حل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعمل قوله وقال ان منهجه ان كل قراض فاسد فقيه أجرة المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض للمهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه خلفا على دعواهما واذا دفع اليه للمال على ان لا يشتري به الا بالدين فاشتري بالنقد وعلى أن لا يشتري الاسعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشتري غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والافهوا اختلاف من قول ابن القاسم وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازيدادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعاقب بئمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان في ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له

﴿ القول في اختلاف المتقارضين ﴾

واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء التي تقارضا عليه فقال مالك انقول

قول العامل لانه عنده مؤمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجره مثله وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانهم ادعى عليه وأنه في الأغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الأغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤمن وأما الشافعي فقامس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلمة وهذا كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب المساقاة ﴾ ﴿ القول في المساقاة ﴾

أما أولها في جوازها والثاني في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها

﴿ القول في جواز المساقاة ﴾

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا يجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم شرط ثمرها خرجه البخاري ومسلم وفي بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والتمر وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على أن القرى بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبدا لله بن رواحة فيحرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وإن شئتم فلي وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحقل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحقل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا اننا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه يبيع ما لم يخلق وأيضا فانه من المزاينة وهو يبيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالحرص يبيع بالحرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روي في حديث عبدا لله بن رواحة انه كان يقول لهم عندا احرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم وهذا حرام بل جاع وربما قالوا ان النهي الوارد عن الخبارة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان الخبارة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها قالوا وما يدل على نسخ هذا الحديث وأنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضي جواز ذلك وهو خاص أيضا في بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والتمر وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾

والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأركانها أربعة
المحل المخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل التي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد
عليها (الركن الاول في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة
الا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالزيتون
والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الاصول غير الثابتة كالقناني والبطيخ
مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فإنه أجازها فيه
اذا ثبت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها عملها الذي
جاءت فيه السنة وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب علم فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد
يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعظم من الأشياء التي علفت الرخص بالنص بها وقوم
منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجلبة فالمساقاة على أصوله مطردة وأما الشافعي
فإنما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالخرص وقضاء في حديث عتاب بن أسيد
الحكم بالخرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة
والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص
العنب وتؤدى زكاته زيبيا كما تؤدى زكاة النخل ثمرا ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل
ولانه انفرد به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمر
هل يجوز ان تساق الأرض مع النخل بجزء من الثقل أو بجزء من الثقل وبجزء مما يخرج من الأرض
فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة
وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الأرض تبعا للكرم
وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحديث ذلك الجزء
بان يكون الثلث فلو أنه أعنى ان يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فادونه ولم يجز ان يشترط
رب الأرض ان يزرع البياض لنفسه لانه لا زيادة زادادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز (٧) وحجة من أجاز
المساقاة عليه ما جعلا أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك
ما روى من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد
ابن حنبل أحاديث رافع مضطربة الافاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف
وهو استئصال مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائر من غير الجائر بالقليل
والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد
ابن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وإنما أجازها الجمهور لان العامل وان كان لس عليه فيها
سقي فيبقى عليه أعمال آخر مثل الابل وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بلقاء هو العمل الذي تنعقد
عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها (الركن الثاني) وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء

(٧) هكذا بالنسخ ولعلهم تناقض في النقل عن الشافعي فإنه نقل عنه ولا انه لا يجوز الا في الثمرة وهناك انه
يجوز المساقاة في الأرض معاقل له قولين تأمل اهـ مصححه

بالجدة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجناذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية أمامالك فقال في الموطن السنة في المساقاة التي تجوز لرب الخاطم ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الثراب وبار النخل وقطع الجريد وجذا الثمر هذا وشبهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بشرط ويمكن أن يفهم منه دخوله فيها بنفس العقد وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواني والانهار وأما الجناذ فقال مالك والشافعي هو على العامل لأن مالكاً قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن الجناذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الخاطم على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذي ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لانفس العقد ولا بشرط الا التمتع اليسر منه وأما له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لانفس العقد مثل انشاء حفرة أو انشاء ظفيرة للآه أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجني فيه الثمر وأما له تأثير في اصلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وقليم الشجر والتذكير والجناذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان في الخاطم من السواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العمل ذلك على المساقاة فقال مالك يجوز ذلك فيها كان منها في الخاطم قبل المساقاة وأما ان اشترط فيها لم يكن في الخاطم فلا يجوز وقال الشافعي لا بأس بذلك وان لم يكن في الخاطم وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك وبوجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجاز به رأى أن ذلك نافع ويسر ويرتد الحكم بين هذين الاصليين استحسنت مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الخاطم في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لان اشتراط المنفعة في ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما يجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق الفاتلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الخاطم وليس على العامل لما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها الجارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائرة فيه من غير الجائرة (الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما تنفق عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فصل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لاساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الاشياء الخرجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي جمعة الماء ولا يجوز عند مالك ان يساق على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بقوله عليه السلام في خير وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجز واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وانها لا يجوز بالخصر وأجاز قوم قسمتها بالخصر واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز

وقيل لا يجوز من الممار في الربوة ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز بطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين
وحجة الجمهور ان ذلك يدخله الفساد من جهة الزائنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيت
وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيها بالعمرة وبالحرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا
عليه في ذلك ملءاء من احرص في مساقاة خير من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن سائر

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة ووقت
هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لثمتها فأما الوقت المشروط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها يجوز
قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من الفاتلين بالمساقاة على أنه
لا يجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة
قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا يجوز اذا خلق الثمر وعهد بالجمهور أن مساقاة ما بدو صلاحه
من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذا كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي
الاجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا اجازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجزوز ومن هنا
لم يحجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة
فان الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولاً أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون المدة غير مؤقتة
منهم أهل الظاهر وعنده الجمهور ما يدخل في ذلك من الفرر قياساً على الاجارة وعنده أهل الظاهر
ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكرهنا لك المساقاة فيطالب من
السنين واقضاء السنين فيها هو الجدل بالاهلية وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلَفوا في ذلك
فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لا تعتقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تعتقد بلفظ الاجارة وبه قال
الشافعي وقال غيرهم تنقذ بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

﴿القول في أحكام الصحة﴾

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض الذي يعتد بالعمل لا باللفظ
وهو عند مالك عقد موروث ولورثة الساق أن يأثوا بأمن يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أفي
الورثة من تركته وقال الشافعي اذا لم يكن له تركه سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وقصد العقد
وان كانت له تركه كترت المساقاة وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالهجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقبض
بيع الثمر لم يكن له أن يساق غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له نئ استأجر من خطه
من الثمر واذا كان العامل لصاً أو ظالم تنفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه
أن يقيم غيره للعمل وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله
ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابها عنده نصاب
الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة
من الثمر فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان
وتكون للعامل الاجرة شبهة بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين
تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء

هي هذه التي ذكرناها ﴿ أحكام المساقاة الفاسدة ﴾

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ مالم تنفث بالعمل واختلفوا اذا كانت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك فقيل في منذهب انها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها احداها المساقاة في حائط فيه تمر فأنطم والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثالث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبلو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى اجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزبأ أحدهما لصاحبه دنائراً ودرهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع التمر ف قيل أن يخلق وأما فساد من قبل التمر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقى وأقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر اختلف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيبأ في بعد الثلاث مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

﴿ القول في شركة العنان ﴾

وأركان هذه الشركة ثلاثة الأول محلها من الاموال والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال (الركن الأول) فأما عمل الشركة فنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في النصف الواحد من العين أعني الدنانير والدرهم وان كانت في الحقيقة يبع الا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في التهرب وفي الدرهم للمناجزة لكن الاجماع خص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعينون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر وبالطعام الربوي اذا كان صنفوا واحداهن ثلاث مسائل

(المسئلة الاولى) فأما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودرهم أو دنانير فأجاز ذلك

ابن القاسم وهو من مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافي يقول لا تتعقد الشركة الاعلى اثنان العروض وحكي أبو حامد ان ظاهر مذهب الشافي يشير الى ان الشركة مثل الفراض لا يجوز الا بالبراهم والدينارين قال والقياس ان الاشعة فيها قوم مقام الخطأ (المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدينارين من عند أحدهما والبراهم من عند الآخر أو بالطلعين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالبراهم من عند أحدهما والدينارين من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التنجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التنجز ويمنع قال ابن القاسم قياس على اجاعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعه مالك في أحد قولي وهو المشهور بعدم المناجزة التي يدخل فيه اذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخمة بالاجاع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تقتصر الى الاستواء في النجعة والبيع يقتصر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء النجعة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أو لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلط اما حسا واما حكما مثل أن يكونا في صندوق واحد وأبديهما مطلقا عليهما وقال الشافي لا تصح الشركة حتى يختلط مالىهما خطأ لا يجوز به مال أحدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما ميبدة فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ولا يشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافي اشترط الى هذين الاختلاط والفقهان بالاختلاف يكون عمل الشريك أفضل وأتم لأن النصح يوجد منه لتريكة كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه

(فأما الركن الثاني) وهو وجه اقتسامهما الرب فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الرب من تابع رأس الاموال أعني ان كان أصل مالى الشركة منسوبين كان الرب بينهما بنصفين واختلوا هل يجوز ان يختلف رؤس أموالهما ويستويان في الرب فقال مالك والشافي ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الرب بالخسران فكما أنهما اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجوز كذلك اذا اشترط جزأ من الرب خارجا عن ماله ورعا مشبهوا الرب بمنفعة العقار التي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالفراض وذلك انه لما جاز في الفراض أن يكون للعامل من الرب ما اصطلاح عليه والعامل ليس يجعل مقايله الاعمال فقط كان في الشركة أخرى ان يجعل للعامل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملها فيكون ذلك الجزء من الرب مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك

(وأما الركن الثالث) الذي هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر بمال المال وأعلن أن من العلماء من لا يجوز الشركة الا ان يكون مالاهما متساويين التفاضل

الى العمل فانهم يرون أن العمل في الغالب مستو فاذالم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعنى دراهم أو دنانير ثم يخططهما حتى يصيرامالا واحدا لا يتميز على أن يبيعوا بشر يامارأيا من أنواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

﴿ القول في شركة المفاوضة ﴾

واختلفا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفا في بعض شروطها وقال الشافى لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع المملكات وعمدة الشافى ان اسم الشركة انما يطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا بشارك أصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما بحضرة صاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر وما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقى في يده والشافى يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة وأما أبو حنيفة فهو هنا على أصله في انه لا يراعى في شركة العنان الا التقديف وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبو حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شئ الا ان يدخل في الشركة وعمدتهما أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالكين وتعميم ملكهما

﴿ القول في شركة الابدان ﴾

وشركة الابدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافى وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائبين في الغنجة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل ومارؤى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصبا بن مسعود شيئا فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة والشافى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنجة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعين فيشارك عنده الديباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعين واختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل

﴿ القول في شركة الوجوه ﴾

وشركة الوجوه عند مالك والشافى باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافى ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما

معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعقدانه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة

﴿ القول في أحكام الشركة الصحيحة ﴾

وهي من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أى لأحد الشريكين ان يفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث وتفقهما وكسوتهما لمن مال الشركة إذا تقربا في العيال ولم يخرجوا عن نفقة منلهما ويجوز لأحد الشريكين ان يبضع وإن يقارض وإن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولأن يتصرف فيه الا تصرفاً يرى أنه نظرهما وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضمن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لأنه قصر اذ لم يشهد ولأن يقبل الشيء المعيب في الشراء وقرار أحد الشريكين في مال لمن يهيم عليه لا يجوز ويجوز أقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشرىكين مذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المغاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيها وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه القسم الثاني في أحكامه (القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابتة الامايتاً مثل على من لا يرى بيع الشقص للمشاع وأركانها أربعة الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة الأخذ بالشفعة (الركن الأول) وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمد قائل أهل المدينة من سل مالك عن ابن شهاب عن أبي سعة عن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجهم مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سعة عن عبد الرحمن أصح ما روى في الشفعة وكان ابن معين يقول من سل مالك أحب إلى أن كان مالك المملوك أو العبد عن ابن شهاب موقوفاً وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في استناده توهيناً له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأمر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جاز إذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبة وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال جارك إذا راح أحق بدار الجار ومححه الترمذي ومن طريق المعنى لم أيضاً انه لما كانت الشفعة

انما المقصود منها دفع الضرر الداخلى من الشركة وكان هذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به
ولأهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الأصول
تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الإرضاء وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الإرضاء
حتى يبدل الدليل على التفصيل وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب أن يرجع ما شهدت له الأصول
ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة (الركن الثانى)
وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها واختلفوا
فما سوى ذلك فحصل منه مال كانهائى ثلاثة أنواع أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحيوان
والبساتين والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبيت ومحال النخل مادام الأصل
فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعينه وبين شريكه
غير مقسوم والثالث ما يتعلق بهذه كالتجار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الأرض للزراعة وكأية المكاتب
واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والربا وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده
وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنه فى أكرية الدور وفى المساقاة
وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكأبة وبه قال عمر بن عبد العزيز
وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك
وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ولم يختلفا فى إيجابها فى الكأبة لحرمه العتق وفقهاء الامصار على أن لا شفعة
الافى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ما عدا المكمل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة
فى البئر والقمل وأجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعى مالك فى العرصة وفى الطريق وفى البئر
وخالفه جميعا فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ما ورد فى الحديث الثابت من قوله عليه
السلام الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما يمكن فيه
القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار
مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به وأما عمدة من أجازها فى كل شئ فما خرج الترمذى عن ابن عباس
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شقيق والشفعة فى كل شئ ولا معنى ضرر الشركة والجوار
موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لفظ هذا مالك أبهى ما يتبع العقار مجرى العقار واستدل
أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر وما لك حمل هذا الأثر على أبكر الصحارى التى
تعمل فى الأرض للموات لا التى تكون فى أرض مملوكة (الركن الثالث) وأما المشفوع عليه
فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء فالمنشور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال
للملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنائى وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب
بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع
فيه باتفاق وأما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك
ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لأن فى بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه

وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عندنا في حقيقة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعندنا صحيحه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا يجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للشري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فمن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والنفع والثالث أن تكون للمنافعة بين الاشرار أو الاجانب فلم يرها في الاشرار ورأها في الاجانب (الركن الرابع في الاخذ بالشفعة) والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو غير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأخذ بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع غير فان سجل تجملت الشفعة والاتأخر الى وقت الاجل وهو محمول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالنقد لأنها قد دخلت في ضمان الأول قال ومنهم من يقول تبقى في يد الذي باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعاملات مما ليس يبيع فالمعلوم عندهم أنه يأخذ الشفعة بقية الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع وامان ان يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكبلا ولا موزونا فانه يأخذه بقية ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محمول القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موصحة وجبت عليه أو منقولة فانه يأخذه بديه الموصحة أو المنقولة وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر والشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحدا والشفوع عليه واحدا فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي يورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لأنهم عصبه (فأما المسئلة الاولى) وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجهوا أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يتقسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال اليك مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقسم فوجب ان يتوزع على مقدار الأصل أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضا فان الشفعة انما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لأنه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة ؛

وعدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس المالك فيستوى في ذلك أهل الخطوط المختلفة لاستوائهم في نفس المالك ورمعاشبهوا ذلك بالشركاء في العبدية يمتنع بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعني حظ من لم يعتق (وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الاثراك الذين هم عصبه في الشفعة مع الاثراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاثراك معهم في المال من قبل التعصيب وان لا يدخل ذوو العصبه في الشفعة على أهل السهم المقسرة ويدخل ذوو السهم على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراته عنه بنتان وابنة عم ثم يبيع البنت الواحدة حظها فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الخط الذي باعتها اختها فقط دون ابني الم وإن باع أحد ابني الم نصيبه يشفع فيه البنات وابن الم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذوو السهم على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قولييه يدخل ذوو السهم على العصبات والعصبات على ذوى السهم وهو الذي اختاره المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم فضله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبه ومن خصص ذوى السهم من العصبات فلأنه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعني بين ذوى السهم وبين العصبات فشبها الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محلها التي هو المال بالقسمة بالاموال ومن أدخل ذوى السهم على العصبه ولم يدخل العصبه على ذوى السهم فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهم أقدم من العصبه وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثاني فقال ابن القاسم اما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له ان يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب فأما اذا باع رجلان شقصا من رجل فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فإن أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعي وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعني الاثراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي في البيوع فالجمهور على ان المشتري أن يقول للشريك اما أن تشفع في الجميع أو تترك وانه ليس له أن يشفع بحسب حظه الآن يوافق المشتري على ذلك وانه ليس له أن يبيع الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة وفقا للمشتري لم يكن للشفيع الآن يأخذ حصته فقط ولا خلاف في منهج مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط وانه ليس له ذلك الآن يأخذ الكل أو يدع فإذا قسم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقسمة على البيع واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع وأن تكون ثابتة قبل البيع * فأما المسئلة الاولى وهي اذ لم يكن شركا في حال البيع وذلك يتصور بأن يكون يترأخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الخط الذي كان به شركا فروى أشهب ان قول مالك اختلف في ذلك مرة قال له الأخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعي والكوفي لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان

قيامه في أثره لانه يرى أن الحق الذي وجبه لم يرتفع ببيعه حظه * وأما المسئلة الثانية فصورتها أن يستحق انسان شقفا في أرض قديم منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم لذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه ولم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري فأما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسن وأما مني يأخذ وهو له الشفعة فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفيعته وقال قوم لا تسقط وهو منحب مالك والحق له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال الجار أحق بصقه أو قال بشفيعته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب في الأكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عنده وجمدة الفريق الثاني ان سكوتيه مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة فقال الشافعي وأبو حنيفة هي واجبة على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب فان علم أو مكن الطلب ولم يطلب بطلت شفيعته إلا أن أبا حنيفة قال ان أسهبا لاخذ لم تبطل وان تراخي وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا إلا أن يعمد المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفة وهو حاضر عال ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتقد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرآن أو حواله ما يدل على إسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيها أسحب اعتقد الأثر فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام (القسم الثاني)

القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأصول فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فنذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كإلحاحه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها مورثة قياسا على الأموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وجمدة مالك ان الشفعة انما وجبت لمشتريك بعد حصول مالك المشتري ومحمته فوجب ان تكون عليه العهدة وجمدة الفريق الآخر أن الشفعة انما وجبت لمشتريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخه وعقد لها أو جمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأي أنها بيع ومن رأي أنها فسخ أعني الاقالة واختلفا أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أسدت المشتري بناء

أو غرسا أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع بطلب شفيعته فقال مالك لا شفعة إلا أن يعطى المشتري قيمة ما نى وما غرس وقال الشافعى وأبو حنيفة هو متعبد للشفيع أن يعطيه قيمة بناءه مدفوعا أو مأخذه بنقصه والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجود الشفعة عليه من شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذى بطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس وذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ومن غلب عليه سببه التعدى قال له أن يأخذ بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما مائة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقر له بوجود الشفعة وادعى عليه مقدار من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين فإن أتى بما لا يشبه قال القول قول الشفيع وقال أشهب إذا أتى بما يشبه قال القول قول المشتري باليمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك أنه قال إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما بيمينه وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم بسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب البيعة بينة المشتري لا تنهزادت عليها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القسمة ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (وإذا حضر القسمة أولوا القربى) وقوله (مما قل منه أو كتر نصيبا مفروضا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة في أبواب الباب الأول في أنواع القسمة الثانية في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعني ما تجبل القسمة وما لا قبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما قبل القسمة تثبت في معرفة أحكامها

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين قسمة رقاب الأموال والثاني منافع الرقاب

١. انقسم الأول من هذا الباب قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتقسم بالخط إلى ثلاثة أقسام قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضة بغير تقويم ٢. وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن ٣. القسم الثاني وأما الرقاب فإنها تنقسم إلى ثلاثة أصناف مساء مالا ينقل ولا يحول وهي الرابع والأصول وما ينقل ويحول وهذان قسمان أما غير مكيل ولا يوزن وهو الحيوان والعروض وأما مكيل أو يوزن ففي هذا الباب ثلاثة فصول الأول في الرابع

٢. سائر في العروض وأما في المكيل والموزون

فأما الربا والاصول فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا جملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمه لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالتقسام ويجبر الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت الحما بالمنفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعا أحدهم لذلك ولولم يصبر لواحد منهم الاملا بالمنفعة فيه مثل قدر القدر وبه قال ابن كاتبة من أصحابه فقط وهو قول أبي حنيفة والشافعي وعمدته في ذلك قوله تعالى (مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا) وقال ابن القاسم لا يقسم إلا يقسم لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخله عليه في الانتفاع من قبل القسمة وإن كان لا يرعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصبر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فصدمة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى (مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا) ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لانتصية على أهل الميراث الاما جل القسم والانتصية التفرقة يقول لاقسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع فاذا كانت متفقة الأنواع فان فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمه وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدة فصدمة مالك انه أقل للضرر الداخلة على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار يعينه بنفسه لانه يتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الأنواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حواط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمه ومن شرط قسمة الحواط المخرقة أن لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باففاق في المذهب لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزبنة وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الأحوال واعتل لذلك لأنه يؤدي الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز ما دام شراء الثمر الذي لم يطلب بالطعام لانسبته لا نقدا وأما اذا كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحداهما على الآخر ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده انه يجوز

اشتراط المشترى الثرى بعد الابل ولا يجوز قبل الابل فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لغيره واشترط الثمر وصفه القسم بالقرعة أن تقسم القرعة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم يمدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الأشارك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخفها وقيل يرمى بالأسماء في الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخفها فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعفه حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمه انما جعلها الفقهاء في القسمة تطبيقاً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من اللخصين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلاً أعتق ستة أعبد عنده ووه فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتنفقة والمتخلفة لأنها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع

﴿ الفصل الثاني في العروض ﴾

وأما الحيوان والعروض فانفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحدهما بالنسبة للآخر في ذلك واختلفوا اذا اشاع الذري كان في العين الواحدة منهما ولم يراضيا بالاتفاق بها على الشباع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع ووجه مالك أن في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع انه ليس بقول به أحد من فقهاء الأمصار الامالك ولكنه كالضرورة في بعض الأشياء وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فانفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سعدة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض وأما ابن القمام فاضطرب فرة أجاز القسم بالسهمه في (٧) يجوز تسليم بعضه في بعض في القسم أخف من السلم ومرة منع القسم فيما منع فيه السلم وقد قيل ان منزهه ان القسمه في ذلك أخف وإن مسأله التي يظن من قبلها أن القسمه عند ما شد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمه ما تحارب من الصنفين مثل آخر والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضي وذلك ضعيف لأن الفر لا يجوز بالتراضي

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزن فلا يجوز فيه القرعة باتفاق الاماكي اللخمي والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبة تبين فرادها فإن كان صنفوا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو بالوزن

(٧) قوله في يجوز هكذا بالنسخ ولعله في لا يجوز بدليل المقابل تأمل اهـ مصححه

اذا دعا الى ذلك أحد الشرعيين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل بين كل ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزأً بغير كيل ولا وزن وأما ان كانت قسمته تحريماً فبقل لا يجوز في الكيل ويجوز في الموزن ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جوازيه تحريماً وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنعة المعروفة فيما يوزن لأنه إذا كان بمكيل مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على من ذهب إلى أن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تبارت منافعهما مثل التمتع والشعر وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل بين المعروف بالمكيل المعروف والصنعة المعروفة أعني على جهة الجمع وإن كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيل المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب

✽ القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع ✽

فأما قسمة المنافع فأنها لا يجوز بالسهمه على منذهب ان القاسم ولا يجبر عليهما من أبها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن يتنفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن يتنفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالأزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاختلال والانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاختلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاختلال والانتفاع واختلوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاختلال فقليل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فقليل يجوز في مثل الخمسة الأيام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر أياماً وأما التهاون في الاعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة يعنيها فقليل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في الزمان اليسير وقيل لا يجوز على قياسهما بالزمان وكذلك القول في استخدام العبد والذواب يجري القول فيه على الاختلاف في قسمه برمان فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمنسدة وبقى من هذا الكتاب القول في الاحكام

✽ القول في الاحكام ✽

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتعلقين تنفؤها ولا الرجوع فيها إلا بالمواري عاينها والمواري ثلاثة غبن أو وجود عيب واستحقاق فأما الغبن فلا يوجب "تنسخت" إلا في قسمة انزعة بائناً وفي المذهب

الاعلى قياس من يرى له تأثيرا في البيع فيأزم على منعه أن يؤثر في القسمة وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على منعه ابن القاسم أن يجد العيب في جبل نصيبه أو في أقله فان وجد في جبل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فُت أو لم يفت فأن كان قد فُت رد الواجد للعيب نصيبه على الشريك وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انسخفت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب في أقل ذلك وكذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فُت نصيب صاحب أو لم يفت ورجع على شريكه نصف قيمة ذلك الزيادة ولا يرجع في تنقيح ما في يده وان كان قائما بالعيب وقال أشهب والذي بقيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخ بالغبن وجب أن تفسخ بالرد للعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجوع معه شريكا فباني يديه وان كان قد فُت رجوع عليه بنصف قيمة ما في يديه وان كان يسيرا رجوع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء وقال محمد اذا استحق ما في يده أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على الشركة بعد القسمة أو طرقة الوصية أو طرقة وارث فان أممها بمالك اختلغا في ذلك فأما ان طرأ الدين قبل في المشهور في الذهب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الآن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضا ان القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشئ من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد خلق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل بل تنتقض الا في حق من أعطى منه ما يورثه من الدين وهكذا الحكم في طرقة الموصي له على الورثة وأما طرقة الوارث على الشركة بعد القسمة وقيل أن يموت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخضع كل واحد منهم ما تلقى في يده بغير سبب منه فقيل وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل ضمن كل واحد منهم ما تلقى في يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الرهن ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفه عقد الرهن (الركن الاول) فاما الراهن فلا خلاف ان من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصي برهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي يرهن لمصلحة ظاهرة وبرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن في مال أسلفه لم يجوز وبه قال الشافعي وافق مالك والشافعي على أن الفاس لا يجوز رهنه

وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعني هل يلزم أم لا يلزم قال جمهور عنه أنه يجوز أعني قبل أن يغسل واختلاف آيل إلى هل المغلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون رهنه ناصح أن يكون مرتهنا (الركن الثاني) وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط الأول أن يكون عيناً فانه لا يجوز أن يرهن الدين الثاني أن لا يتمتع ائبائيد الراهن المرتهن عليه كالمصنف ومالك يجيز رهن المصنف ولا يقرأ فيه المرتهن واختلاف مبنى على البيع الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك أن يرهن مالا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع والغرم لم يبد صلحه ولا يباع عنده في أداء الدين الا اذا بد صلحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الغرم الذي لم يبد صلحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدرهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا واتفقوا على أن من شرطه أن يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن واختافوا اذا كان قبض المرتهن له فنصب ثم أقره المصوب منه في يده رهننا فقال مالك يصح أن ينقل الشيء المصوب من ضمان النصب إلى ضمان الرهن فيجعل المصوب منه الشيء المصوب رهننا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان النصب الآن يضيئه واختلفوا في رهن المشاع فذهب أبو حنيفة وأجازته مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن (الركن الثالث) وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالثمة وذلك لان الصرف من شرطه التفاض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن الا في السلم خاصة أعني في السلم فيه وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ثم قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضه) فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الاموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كاللومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذ اعفا الولي قولان أحدهما ان ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي يخير في العمد بين الدية والقود والقول الثاني ان ذلك لا يجوز وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولي الا القود فقط اذا أبى الجنائي من اعطاء الدية ويجوز في قتل خطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيها لا يضمن ويجوز أخذ في الاجارات ويجوز في الجمل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيله شرائط ثلاث أحدها أن يكون ديناً فانه لا يرهن في عين والثاني أن يكون واجبا فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والثالث أن

لا يكون لزومه متوقفاً أن يجب وأن لا يجب كالرهن في السكابة وهذا المنهـب قـرب من منهـب مالـك
﴿ القول في الشروط ﴾

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونها فشرطان أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجملة التي هو بها شرط وهو القبض والثاني مختلف في اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى (فرهان مقبوضة) واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وقاعدة الفرق أن من قال شرط صحة قال تمام تقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجوز الراهن على الاقباض إلا أن يراخي المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك إلما أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى (ولم نجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ولا يجوز لأهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل وعندنا مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض بأنه متى عاد إلى يد الراهن باذن للمرتهن بعبارة أو ودعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فألزم من قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وجود القبض واستدامته والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك عارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحلل في البيع وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور إلى جوازه وقال أهل الظاهر ومجماه لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى (وان كنتم على سفر) الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهناً على أنه إن جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغل في الرهن

﴿ القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الأحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة مال الراهن من الحقوق في الرهن وماعليه وإلى معرفة مال المرتهن في الرهن وماعليه وإلى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك أمامن نفس العقد وإما لأمور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يحسبه حتى يؤدي الراهن ماعليه فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع وكذلك إن كان غائباً وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه ويبيعه أعني أنه إذا رهنه في عدتها فأدى منه بعضه فإن الرهن بأسره يبقى بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس

بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب أن يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة (ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الفرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا قهقروا إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل تحت منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن وعن قال بهذا القول الشافعي وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن وعن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورة فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولدا عنه كغرس النخل أو غرس متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للرهن قوله عليه الصلاة والسلام الرهن محلوب ومركوب قالوا وجه الدليل من ذلك انه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الرهن ويحمله لأنه كان يكون غير مقبوض وذلك منافض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحمله ويركبه فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك ان أجرة ظهر مرطبه وتقته عليه واستدلوا أيضا بصوم قوله عليه الصلاة والسلام الرهن ممن رهنه لغفه وعليه غرمه قالوا لأنه نماء زائد على ما رضى رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أنى حنيفة ان الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها وفرق بين الفر والولد في ذلك بالنسبة للفرقة في ذلك وذلك أن الفر لا يتبع بيع الأصل الا بشرط وولده الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن يتنفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فالمرتهن أن يحمله ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الرهن والقول قول المرتهن مع يمينه انه ما فرط فيه وما جنى عليه وعن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وعن قال بهذا القول أبو حنيفة وجهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان اهتموا قسمين فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أوقية الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجاعة ومنهم من قال هو مضمون ببعثته قلت أو كثرت وأنه ان فضل للرهن شئ فوق دينه أخذنه من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار بما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقلوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وعن قال بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البني الآن مالك يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفرط فانه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البني بل يضمن على كل حال قامت يمينه أولم يهمل بقوله مالك قال ابن القاسم ويقول عثمان والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جعلها أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ينفق الرهن وهو ممن رهنه غفه وعليه غرمه أى غلته

وحرّاجه وعليه افتكاكه وممبئته منه قالوا وفرضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً بقوله مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهره لا كالأمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من قبعة الرهن على قبعة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه أي نفقته قالوا بذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب ومحلوب أي أجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعنده من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بطلان أصله تلق المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً ارهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقتك وأما فريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلتحق فيما يغاب عليه ولا تلتحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة وحلوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على أنه لا يجوز الراهن بيع الرهن ولا هبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم أن اجازته ليتجمل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً جازعته وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً يمتد وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قبعة الرهن أقل من ذلك فإزاد على قبعة الرهن قال قول قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والجمهور فقهاء الأمصار القول في قدر الحق قول الراهن وعنده الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون العين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعنده مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل العين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله أن يحلف أقوي المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لأنه قدر برهن الراهن الشيء وقبضاً أكثر من الرهون فيه وأما اذا تلقى الرهن واختلفوا في سنته قال قول ههنا عند مالك قول للمرتهن لأنه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما مدعى عليه وهذا على أصوله فان للمرتهن أيضاً هو الضامن فيما يغاب عليه وأما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن بين الآن يناكره الراهن في تلافه وأما عند أبي حنيفة قال قول قول المرتهن في قبعة الرهن وليس يحتاج الى الصفة لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في الأمرين جميعاً أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قبضته الصفة التي حلف عليها شاهدة وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقبعة الرهن اذا اتفقا في الحق واختلفا في قبعة الرهن في المذهب فيه قولان والاقوى الشهادة لانه اذا شهد الراهن للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب الباب الأول في أصناف المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة

﴿ الباب الأول ﴾

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الإتمام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلاوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعسر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأي ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجاعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول إبراهيم وابن سيرين وهؤلاء اتفقوا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير ومنهم من قال إن استصحبوا التبذير من الصغر يسقرا الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبتدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحذف ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما يوجب لعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى (فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقداذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يتخذه في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختيار ثلاثا ولم يحجر عابه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذي يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذا كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكلام يعتبر النادر في التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكشف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفها فيحجر عليه كالمعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى (ولا تؤثروا السفهاء أموالكم) الآية لبس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وإبطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمقلن والمرضى والزوجة وسياق ذكر كل واحد منهم في بابه

﴿ الباب الثاني ﴾

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر وقت خروج السفهاء فنقول إن الصغار بالجله صنفان ذكور وناث وكل واحد من هؤلاء أما ذو آب وأما ذو وصى وأما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا آب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى (وابتلاوا اليتامى

حتى اذا غلبوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) واختلفوا في الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعني بلوغ الحيض وإيناس الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدا ورؤى عنه مثل قول الجمهور ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال وأما قول أصحابه فضيحة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فاتهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد يمكن تصوره منها قبل هذه المدة المحددة واذا قلنا على قوله مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى الآباء انبلوغ وإيناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفيه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفيه فاماذوا الا وصياهم فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقسما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقسما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرج من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرج وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال الذى الاب وأما ابن القاسم فذهب ان الولاية غير معتبر بثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في البيت لافي البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها سر دودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم وأما اختلافهم في الرشد ما هو فان مالكا يرى أن الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا اصلاح الدين وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكور لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حاله مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في التيمم وأما المذهب من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيه امتثل السفه أو غير امتثل السفه معلنا به أو غير معلن وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والارده فأما البيهقي التي لأب لها ولا وصى فان فيها في المذهب قولين أحدهما أن أفعالها جائزة اذا بلغت الحيض والثاني أن أفعالها سر دودة مالم تعنس وهو المشهور

باب الثالث

والنظر في هذا الباب في شيئين أحدهما ما يجوز لصنف من المحجورين من الأفعال واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهو لا يكافئنا ام صغار واما كبار متساوا الحجر من الصغر وامم مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا الحيض من النساء فلا خلاف في المنهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا علق وان أذن له الاب في ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان لهولى فان رآه رشدا أجازة والا بطله وان لم يكن لهولى قسم لهولى ينظر في ذلك

وان عمل في ذلك حتى على أمره كان النظر اليه في الاجازة أو الرد واختلف اذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولي أن يفعله له أن ينقضه اذا أكل الامر الى خلاف بحول الاسواق أو نفاء فيما باعها وتهصان فيما ابتاعه فالشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في عمله عالم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر عما يؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلق بحره به في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلقه به في صغره فالشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كاتبة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه عين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصي كالتكريم مالم تعنس على منعه من يعتبر بنفسها فأما السفيه البالغ فجهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته وأعماله مضى مطلقا وخلفه الابن أبي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال انه ينقض وقال الجمهور انه لا ينقض وأما وصيته فلا أعلم خلافا في ثبوتها ولا نازمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من العروف الا أن يعتق أم ولده فيلزم معتقها وهذا كله في المذهب وهل يشبهها ما فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعض فهو أيضا موقوف على نظره وليه ان كان له ولي قال لم يكن له ولي فتم له ولي فان رديعه الولي وكان قد تلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان تلف عين المبيع * وأما أحكام أفعال المحجورين أو المملكين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشده ومنهم من هذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده وان ظهر رشده ظهر فيها ما هو سفيه ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه مالم يقين رشده ويعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده حتى يقين سفيهه فأما الذي يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصي مالم تعنس على منعه من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذي يحكم له بحكم الرشده وان علم سفيهه فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولأية من قبل أبيه ولا من قبل الساطن على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشده لا نفس الولاية والبكر اليقظة المهمة على منعه من سجنون وأما الذي يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التي لاصى لها اذا تزوجت ودخل به زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد للعتبر في ذلك من السنين عندهم من يعتبر ذلك وكذلك اليقظة التي لاصى لها على منعه من يرى ان أفعاله مردودة وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشده حتى يقين السفه فمنها حال البكر المتعنس عند من يعتبر التعنيس أو التي دخل بها زوجها ومضى لفسخه لحد المعتبر من السنين عندهم من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الاب اذا بلغ وجهته حاله على إحدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا ﴾

﴿ كِتَابُ التَّقْلِيدِ ﴾

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِيهَا هُوَ الْفَلَسُ وَفِي أَحْكَامِ الْفَلَسِ (فَنَقُولُ) إِنَّ الْأَخْلَاصَ فِي الشَّرْعِ يُطْلَقُ عَلَى

معنيين أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وقاء بدينه والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلاً وفي كلا الفاسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فأما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فله ما ذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة دينهم أم ليس لذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أولن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يني بدينه فأني أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطهم بيده ماله عليه فالجهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه وأغرمه ان كان ملياً ويحكم عليه بالافلاس ان لم ينف ماله بدينه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي والبقول الآخر قال أبو حنيفة وسجاعة من أهل العراق وبجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزدد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلاً أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في تمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وقاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خلوا ما وجدتم وائس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل للفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد أيها الناس فإن الاسيفع أسيغ جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه اذا ان معرضاً فأصبح قسرين عليه فمن كان له عليه دين فليأتوا يضمن طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لكان ورثته فأمرى أن يكون المدين محجوراً عليه لكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ماله أو يموت محبوساً فيبيع القاضى حيثنذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبو به بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأني النبي صلى الله عليه وسلم فكلتمه فسألهم ان يقبلوا مني حاطي ويحللوا أبي فأبوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حاطي قال ولكن سأغدو عليك قال ففدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال ففدتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وباروى أيضا انه سأت سيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهد الآثار كلها ليس فيها انه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه ورمشوها استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجازته واذا قلنا ان للفلس محجور عليه فالنظر فيها اذا يحجر عليه وبأي دين تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فالفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان ممالا يزمه ويمالا يجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان ممالا يزمه لان له أن يفعل ما يزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء للسريرين أو الالبناء وانما قبل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالانحمة والنفقة في العبد والصدقة البسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتاعه ما لم تكن فيه محابة

وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لايتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه وأما جمهور من قال بالجحر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الاعدال حتى يرتفع الجحر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه عيب ولا يجوز له للمجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا إعطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا أن يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المنسحب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس الموجبة هل تحمل بالتفليس أم لا فنسحب مالك الى أن التفليس في ذلك كالمت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجهور العلماء على ان الديون تحمل بالمت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد سحل حين مات ويحتم ان الله تبارك وتعالى لم يبيع التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في الموارث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير مبراتهم حتى تحمل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذمهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك بحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحملة في ذمهم أجبت الديون اليها لجهلها ومن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبهه المفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا التمتين قد خربت فان ذمة المفلس يرجع الى المالا بخلاف ذمة الميت وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والتقدير اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض منه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار الخاصة وبه قال الشافعي وأسلم أبو ثور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثرها ومساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قبضتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى لها أعنى البائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه وتحصلون في الباقي وهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة والاصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا معشر أهل فلان قد ترك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرج به مالك والبخاري ومسلم وألفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لما لك فمن هؤلاء من حمله على عمومته وهو الفريق الاول ومنهم من خصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة ليكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء

أخذها بالثمن كما قال مالك وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملة مخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنوناً والأصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبيينا لحديث امرأة ورواها عن علي أنه قضى بالسلة للفلس وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيعارجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة قالوا للجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الودعة والعارية الأثر الجمهور دفعوا هذا التأويل بما روي في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلة أحق بها لانها في ضمانه واختلاف الثمانون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك إن شاء أن يرد ما قبض وبأخذ السلة كلها وإن شاء حاص الغرماء فيباقي من سلته وقال الشافعي بل بأكمله بما بقي من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد إن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء وبجتهما مروي مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيعارجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجدته بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقصروا عن طريق الزهري عن أبي هريرة فيمزياً بديان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وبجته الشافعي أن كل السلة أو بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا أنه إذا فوّت المشتري بعضها إن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلته الإعطاء فإنه قال إذا فوّت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلّس أم لا فقال مالك هو في الموت أسوة الغرماء بخلاف الفلّس وقال الشافعي الأمر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر إن فرقا بين النمة في الفلّس والموت وذلك أن الفلّس يمكن أن تترى حاله فيتبعه غرامؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيعارجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلّس قال حديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا سند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالك إلا بعد أداء ما عليه فأشبهه مال الفلّس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك أن موافقته من الإلهامات المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى بموافقه قياس الشبه أعني أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبهه الموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق فسبب اختلاف تعرض الآثر في هذا المعنى والمقياس وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعني أن من

باع شيئاً فليس يرجع اليه فالك رجه انه أقوى في هذه المسئلة والشافى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافى فيمن وجد سلعة بعينها عند الفلّس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يفرسها أو عرصة ينيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافى بل غير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً بما لا يكون فوتاً في منهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل منهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلّس أو في الفلّس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التقليس ثلاثة أقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وهل لا يتعين فلما العرض كان في يده لم يسلمه حتى أفلس المشتري فهو أحق به في الموت والفلّس وهذا ما اختلف فيه وإن كان قد دفعه الى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلّس دون الموت ولم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافى ليس لهم وقال أشهب لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن الفلّس وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم وقال ابن كاتبة بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضاً والفلّس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى يده فيه ففلّس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعرض في الفلّس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلّس وأما تممل الذي لا يتعين فان أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بمأمله في الموت والفلّس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلّس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجته التي شارطه عليها في الفلّس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التي استأجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلّس جميعاً لانه كالرهن بيده فان أسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلّس دون الموت وكذلك الامر عنده في فلس مكترى السواب ان استكرى أحق بمأمله من المتاع في الموت والفلّس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بمأله في الموت والفلّس وأحق بسلعته القائمة خارجة عن يده في الفلّس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا قامت وعندما شبه حال الاجير عند صاحب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يضيئها المشتري فيقولون هو أحق بمأله في الموت والفلّس ومرة يشبهونه بالي خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بمأله في الفلّس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بملوك الذي قامت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استأجر على سقي حائط فسقاه حتى أتم الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب يبيع الرقاب هوئى فيما أحسب ان فردبه مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس التشبه لما أخذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن اتدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل

المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المقلد المأذون له في التجارة هل يبيع بالدين في رقبته أم لا فنذهب ماله وأهل الحجاز إلى أنه انما يتبع بما في يده لا في رقبته ثم ان أعنتى اتبع بما بقي عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم أن الغرماء يخبرون بين يعه وبين أن يسى فيا بقى عليه من الدين وبه قال شرح وقال طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالدين لم يروا يسع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والدين وأوايعه شهود ذلك بالجنائيات التي يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له اقتزاعه فاسبب اختلاف هو تعرض أقيسة التشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا بما يدين العبد أم يدين المولى فالجمهور يقولون يدين العبد لان الذين دايوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا وعند العبد من المال والدين دايوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البده بالمولى قال لانت مال العبد هو في الحقيقة للمولى فاسبب اختلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد واما قداما يترك للفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال في الواحدة والعينية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بموض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك له الا ما يورثه وبه قال ابن كاتبة واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأمامعرفة الديون التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا أو أرض جنانية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لا يمكن دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة والثاني ان لا يمكن دفع العوض ولكن يمكن دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكثرى الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل أن يسكن أو يعمد مسكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كراء مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال والرابع أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل ديناً في عرض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك الا في مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكترى ففلس قبل دفع الكراء فقيل للمكترى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن وبأخذاره وان كان لم يسكن فليس له الا أخذاره وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض وأما ما يمكنه دفع العوض

ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يخلص المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فإن رضى المسلم اليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجبه فبإوجده للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شأنا أن يبيعوها بالتقديرو يتحصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوقي الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالميتات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والابناء ففيها قولان أحدهما ان المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا لم يمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الختامس وهو معرفة وجه التحاص فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة إذ كان لا يقتضي في الديون الاماهو من جنس الدين الآن يتفقوا من ذلك على شيء يجوزواختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيته فقال أشهب مصيته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج اليه يبيعه فضائه من الغريم لانه انما يبيع على ملكه وما يحتاج اليه يبيعه فضائه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكأهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والمفلس فقال للمصيبة في الموت من الغرماء وفي المفلس من المفلس فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس التي لمن المال ما لا يفي بديونه وأما المفلس الذي لا مال له أصلا فإن فقهاء الامصار يجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين الى وقت مبسرته الاما حكي عن عمر بن عبد العزيز أن لهم ان يؤاخذوه وقال به أحد من فقهاء الامصار وكأهم يجمعون على أن المدين اذا ادعى المفلس ولم يعلم صدقه أنه يجلس حتى يتبين صدقه أو يقر به بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالجلوس في الديون وان كان لم يأت في ذلك أثر صحيح لان ذلك امر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل وقدرى أن النبي عليه الصلاة والسلام جلس رجلا في تهمة خرجة فبما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفسون والعبيد والمرضى والزوجة فيأفوق الثلث لانه يرى أن الزوج حقاق المال ونالقه في ذلك الأكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والصلح خير) وما روى عن النبي عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر أمضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه

على الاقرار واخافوا في جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه من كل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في منهب مالك أن الصالح الذي يقع على الاقرار راعى في محبة ما راعى في البيوع فيفسد بماتسده البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع وواضح بصحة وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصلحه عليها بعد الاقرار بدناثير نسيتها وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصالح على الانكار فالمشهور به عن مالك وأصحابه أنه راعى فيه من الصحة ما راعى في البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصلحه عليها بدناثير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطاب لأنه يعترف أنه أخذ دناثير نسيتها في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة مني وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دناثير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يطلب احدا على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قولا إلى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما موقفاً نظراً لصاحبه لا لظن الآخر إياه فيدخلها سلفي وأسلفك وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما لما يقول ما فعلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شيء وهذا التحوم من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون بفسخ اذا وقع عليه اثر عمده فان طال مضي فالصالح الذي يقع فيه عملا يجوز في البيوع هو في منهب مالك على ثلاثة أقسام صلح بفسخ باثاق وصلح بفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باثاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الكفالة ﴾

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي عملها وطا أسماها كفالة وحالة وضمانة وزعامة فأما أنواعها فتعوان حالة بالنفس وحالة بالمال أما الحالة فالمال فتأبته بالسنة ويجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار وحكى عن قوم أنها ليس لازمة تشبها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب للمال وحكى عن الشافعي في الحديث انها لا يجوز وبه قال داود وجهتها ما قوله تعالى (معاذ الله أن نأخذ الامن وجدنا متاعنا عنه) ولاها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من أجازها مجموع قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وقرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وإن مات غائبا نظرا فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الجيل فيها احضاره في أجل المضروبه في احضاره وذلك نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط غرم والالم يفرم واختلقوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الجليل بالوجه على ثلاثة أقوال القول الأول أنه يلزمه أن يحضره أو يفرم وهو قول مالك وأصحابه وأهل

المدينة والقول الثاني أنه يحبس الجليل الى أن يأتي به أو يعلم موته وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق
 والقول الثالث أنه ليس عليه إلا أن يأتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم
 بالتمسك على احضاره فان ادعى الطالب معرفه موضعه على الجليل وأنكر الجليل كلف الطالب بيان ذلك
 قالوا ولا يحبس الجليل الا اذا كان للتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه
 أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من لناس واختاره وعمدة مالك ان التحمل بالوجه
 غلر لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غلب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سأل
 غريمه أن يؤدي اليه ماله أو يعطيه حيلة فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال اليه قالوا فهذا غرم في الحالة المطلقة وأما أهل العراق فقالوا انما يجب
 عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب أن يعدى ذلك الى المال الا لو تضرط على نفسه وقد قال
 عليه السلام المؤمنون عشر وطهم فانما عليه أن يحضره أو يحبس فيه فكأنه اذا ضمن المال
 فانما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الأمر في ضمان الوجه وعمدة الفرق الثالث أنه انما يلزمه
 احضاره اذا كان احضاره مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره وأما اذا علم أن احضاره غير ممكن
 فليس يجب عايه احضاره كانه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أخرى
 أن يكون مغروراً من أن يكون غاراً فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالسرط فقد قال مالك
 ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب لانه كان يكون قسراً من ضده ما اشترط فلهذا هو حكم ضمان
 الوجه وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على أنه اذا عديم المضمون أو غاب ان الضامن غارم
 واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري
 والاوزاعي وأحمد واسحق للطالب أن يؤخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوله ليس له
 أن يأخذ الكفيل مع وجود التكفل عنه وله قول آخر مل قول الجمهور وقال أبو ثور في الحالة والكفالة
 واحدة ومن ضمن عن رجل ما لا يلزمه ويرى المضمون ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين وبه قال
 ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غالباً
 أو حاضر اغنياً أو عديم بما حديث قبيصة بن الحلق قال سمعت حمالة فأنيت النبي صلى الله عليه وسلم
 فسألت عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجل لا تحمل
 حمالة رجل حتى تؤديها وجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للتحمل دون
 اعتبار حال التحمل عنه وأما محل الكفالة فهي الاموال عند جمهور أهل العلم لموله عليه السلام الرعي
 غارم أعني كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعاقبت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال
 الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس تتعلق بها قطع وهي مادون النصاب
 أو من غير ذلك وروى عن أبي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود
 وهو قول عثمان بن أبي كلفة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعني مطالبة بالكفيل
 فاجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار وامامتة وأما وقت وجوب الكفالة
 بالوجه فاختلفوا هل تازم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تازم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه

وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب أخذ الكفيل بأوجه على إثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك وإلى كم من المدة يلزم فقال قوم إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والام يلزمه الكفيل الآن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه جيلان من الخمسة الأيام إلى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه جيل قبل ثبوت الحق الآن يدعى بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم إلا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه جيلاً حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ جيل على أحد البينة وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يعقب بوجهه فيعنت طالبه وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبلت قر من الأعراب معهم ظهر فصيحهم رجلان فبات معهم فأصبح القوم وقد فتنوا كذا وكذا من أجلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين اذهب وأطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وأنت غفر الله لك وقتلك في سيده خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وجهه بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبساً قال ولا يجزئ ذلك لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وإنما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذا كانت هناك شبهة لمكان محبتهم لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لا اختلافهم في ضمان الميت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاء يدينه فأجازه مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعلوم قطعاً وليس كذلك للمفلس واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الإسلام لا يصلي على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند أبي حنيفة وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجازع عند مالك وأصحابه وأما ما يجوز فيه الحالة بالمال بما لا يجوز فإنها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة إلا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً قسباً مثل النفقات على الأزواج وما شاكلها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحیحة مستتناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظم وإذا أحيل أحدكم على غني فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر

رضاهما معاً من الناس من لم يعتبر رضا الحال واعتبر رضا الحال عليه وهو يفيض منه بمالك وبه قال داود عن رأي أنهما معاملة اعتبار رضا الصنفين ومن أنزل الحال عليه من الحال منزلته من الحميل لم يعتبر رضاه معه كالأعتبار مع الحميل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وإذا أحيل أحدكم على شيء فليتبع والأمر على الوجوب وبقي الحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ماعلى الحال عليه بجائزاً لماعلى الحميل قدرًا ووصفاً لأن منهم من أجازها في الذهب والبراهم فقط ومنعها في الطعام والدين ممنوعاً في ذلك رأوا أنهم من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى لأنه يباع الطعام الذي كان له على غيره به بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل أن يستوفيه من غيره وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين الحال حالا وأما إن كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين الحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لأنه كالباع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهه بالبراهم وجعلها خارجة عن الأصول فتخرج الحوالة بالبراهم والمسئلة مبنية على أن ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه والحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها أن يكون دين الحال حالاً لأنه إن لم يكن حالاً كان ديناً بدين والثاني أن يكون الدين الذي يحمله به مثل الذي يحمله عليه في القدر والصفة لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث أن لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين للمستحل به على منعه ابن القاسم وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا يجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الأجل أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى فكأننا لكن أشبه بقول إن استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت وينزل الحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يرد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه من غيره أعني أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز له الذي أحاله مع الذي أحاله عليه ومثال ذلك أن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قول قبضه منه لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة الحميل في أنه لا يجوز له بيع ماعلى غيره قبل أن يستوفيه لكونه طعاماً من بيع وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعني أنه كماله ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غيره الحميل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه وإن كان من قرض وهذا كله منه بمالك وأدلة هذه القروق ضعيفة وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحيلة في أنه إذا أفلس الحال عليه لم يرجع صاحب الدين على الحميل بشئ قال مالك وأصحابه الآن يكون الحميل غره فأحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على الحميل إذا مات الحال عليه مفلساً أو وجد الحوالة وإن لم تكن له ينفه وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة

وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيهما ثلاثة أبواب الباب الأول في أركانها وهي النظر فيها فيه التوكيل وفي الموكل والموكل والنائب في أحكام الوكالة الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

﴿ الباب الأول ﴾

(الركن الأول في الموكل) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور أنفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة فمن رأى أن الأصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الامدحت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها (الركن الثاني في الوكيل) وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا مباشرة ولا بواسطة أي بأن توكل هي من يلى عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر (الركن الثالث فيا فيه التوكيل) وشروط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والنسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قولي لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والایمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقود عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن (الركن الرابع) وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما قولوه في أحكام هذا العقد وهي ضرر بان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما تجوز منها ما سمي وحد نص عليه وهو الاقبس اذ كان الأصل فيها المنع الاما وقع عليه الاجماع

﴿ الباب الثاني في الاحكام ﴾

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فأملعنا العقد فهو كافتناعه غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل والوكيل أن يعزله متى شاء قالوا الآن تكون وكالة في خصومة وقال أصبغ له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط اثباتها عند الحاكم حضوره

عند مالك وقال الشافعي من شرطه واختاف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فإذا قلنا تنفسخ بالموت كانت تنفسخ بالعزل فبى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل والثاني أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه والثالث أنها تنفسخ في حق من عمل الوكيل يعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل يعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه لأنه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففصل مسائل مشهورة أحدها اذا واكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الأب والوصى ومنها اذا واكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بئنه مثله تقدا بنقد البلد ولا يجوز ان يبيع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا واكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بئنه المثل نقدا ويشبه ان يكون أبو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لان من حجت أنه كان الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة براهها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أتته منزله وقول الجمهور أيين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه يعتدى وإذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل دينان للموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل

الباب الثالث

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بئنه محسود وقد يكون في المقون وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع قال قول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بيته فان كان المال قد قبضه الوكيل من غير الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم ثمانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بيته برى ولم يلزم الوكيل شيء وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا تقبل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك قال قول قول الوكيل وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تقم السلعة قال قول قول المشتري وان قامت قال قول قول الوكيل وقيل يتحاملان وينفسخ البيع ويتراجعان وان قامت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فضاء ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء وأما اذا اختلفا فحين أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لأنه قد اتهمته على الفعل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كَاب اللقطة ﴾

والنظر في اللقطة في جلتين (الجملة الاولى في أركانها) والثانية في أحكامها (الجملة الاولى) والاركان ثلاثة الالتقاط والملتقط واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجاعة بكرهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمرين أحدهما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أن يضامن التقصير في القيام بما يجب له من التعريف وترك التعدي عليها ومأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لأخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وإن كانت بين قوم مأمونين والامام جائراً فالأفضل أن لا يلتقطها وإن كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يناب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطه الحاج فان العلماء أجسوا على أنه لا يجوز التقاطها نهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكأة أيضاً لا يجوز التقاطها اللانسد لورود النص في ذلك والمرى في ذلك لفظان أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا بالنشد الثاني لا يرفع لقطتها إلا بالنشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن ينشد لها والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا من ينشد لها يعرف الناس وقال مالك تعرف هاتان اللقتان أبداً فأما الملتقط فهو كل حرم مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والغاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال مسلم معرض للتضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غمرها والجباد والحيوان في ذلك سواء إلا الأبل باتفاق والأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافسأ نك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها بها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها فأما الأبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف (الجملة الثانية) وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منه به بال سنة فلم تكن من الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الاصدار مالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيراً أو يتصدق بها إن كان غنياً فان جاء صاحبها كان غيراين أن يميز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمها إليها واختلقوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له إلا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجاعة من

التابعين وقال الاوزاعي ان كان مالا كثيرا جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر
وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها لصاحبها الأهل الظاهر واستدل
مالك والشافعي بقوله عليه السلام فشأ نك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجّة لهما ما رواه البخاري
والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأثبت النبي
صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجدهم أثبتته ثلاثاً فقال احفظ وعادها ووكأها فان جاء
صاحبها والا فاسقن بها وخروج الترمذي وأبو داود فاستنقفا فبسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث
اللقطة لأصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الأصل على
ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأ نك بها قال لا يجوز فيها التصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن
ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى انه مستثنى منه قال يحل له
بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينها
على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذ لم يعرف العفاص
ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا فقال مالك يستحق بالعامة
ولا يحتاج الى بينة وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحق الا بينة وسبب اختلاف معارضة الأصل في اشتراط
الشهادة في صحة السعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر
الحديث قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه السلام
اعرف عفاصها ووكأها فان جاء صاحبها والا فاشأ نك بها يحتمل أن يكون انما أمره بمعرفة العفاص
والوكاء ثلاثاً مختلط عنده بغيرها ويحتمل أن يكون انما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء
فما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل فان الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا أن تصح
الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك وأصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة
الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها
ووكأها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد
فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء
وأما اذا غلط فيها فلا شيء له وأما اذا عرف احدى العلامتين التين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقليل انه
لا شيء له الا معرّفهما مجعاً وقليل يدفع اليه بعد الاستبراء وقليل ان ادعى الجهالة استبرأ وان غلط لم يدفع اليه
واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه يميناً وبغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين
وقال أشهب يمين وأما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على أن لو اجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد
من العمران أن يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة هي لك ولأخيك ولذئبواختلفوا هل يضمن قيمتها
لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك في أشهر الاقوال عنه انه لا يضمن وسبب
الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا الاصل المعلوم من الشريعة الا أن مال كائنا غلب الظاهر جري على حكم
الظاهر ولم يجز كذلك في التصرف فيها وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى
انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه

في ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى في يد ملتقطه ويخفى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخفى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد وقسم لا يخفى عليه التلف فأما القسم الأول وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخفى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام أحدها أن يكون يسيرا لابل له ولا قتر لقيته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاتهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بمجرة في الطريق فقال لولا أن تكون من الصدقة لأكتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العسا والسوط وان كان أشبه فمداستحسن تعريف ذلك والثاني أن يكون يسيرا الآن له قدرا ومنفعة فهذا الاختلاف في المنهه في تعريفه واختلفوا في قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أيلما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أو له قدر فهذا الاختلاف في وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخفى عليه التلف فان هذا بأى كله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الا شهر أن لاضمان واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لاضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن رأيا كله فيضمن وأما القسم الثالث فهو كالأبل أعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في المنهه هو عام في جميع الأزمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل التقاطها وأما ضمانها في الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذ لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضعع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة ودية فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا هو ودية بمجاها من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن ودية عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتية من يشاء وتحصيل المنهه في ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يتناول التقاطه لها من ثلاثة أوجه أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيا لها والثاني أن يأخذها على جهة الالتقاط والثالث أن يأخذها لاعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيا فان أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذ ردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله في تلفها دون عين الآن يهتم وأما اذا قبضها مفتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الامن قبله وأما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فليأخذنه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه فهذا ان لم يعرفه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها في رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يقبضه بقبضها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناعليه ولم تكن في رقبته وقال الشافعي ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها

السيد كانت في رقة العبد واختلاف اهل بروج الملتقط بما أتفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أتفق الآن تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب

﴿باب في القيط﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط والقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل شئ ضائع لا كافل له فالتقطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف واختلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على اللقطة والقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان عيافيه في مذهب الشافعي نردد والملتقط هو كل حر عبد ليس العبد والمكاتب يملتقط والكافر يملتقط الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية عليه وملتقط المسلم الكافر ويترك من بد القاسق والمبتر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تترك نفقة الملتقط على من التقطه وان أتفق لم يرجع عليه بشئ وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي يحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في القيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر ولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر ولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الآن ثبت في ذلك أثر مخصوص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام تراث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه

﴿بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب الوديعة﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة فنها انهم اتفقوا على انها أمانة لا مضمونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والغيل على انها أمانة أن الله أمر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه للمودع قالوا الآن بدفعها اليه بيينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لأنه اذا دفعها اليه بيينة فكأنه أتمته على حفظها ولم يأتمنه على ردّها فيصدق في تلقها ولا يصدق على ردّها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم أن القول قوله وان دفعها اليه بيينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لأنه فرق بين التلق ودعوى الرد وبين ان تنقض الامانة وهذا فحين دفع الامانة الى اليد التي دفعها اليه وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والاضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه الا بيينة وقد قيل انه يخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال أبو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان أقر المودع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلق فلا يتحلون يكون المستودع دفعها الى أمانة وهو وكيل للمستودع أو الى ذمة فان كان القابض

أَمِينًا فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَالَ مَرَّةً يَرَى الدَّافِعَ بِتَصَدِيقِ الْقَاضِضِ وَتَكُونُ الْمَصِيبَةُ مِنَ الْأَمْرِ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ وَمَرَّةً قَالَ لَا يَرَى الدَّافِعَ إِلَّا بِقَامَةِ الْيَمِينَةِ عَلَى الدَّفْعِ أَوْ يَأْتِي الْقَاضِضُ بِالْمَالِ وَأَمَّا أَنْ دَفَعَ إِلَى ذِمَّةٍ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ رَجُلٌ لِلَّذِي عِنْدَهُ الْوَدِيعَةُ سَلِّقًا أَوْ سَلِّقًا فِي سِلْعَةٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَتْ الذِّمَّةُ قَائِمَةً بِرَأْيِ الدَّافِعِ فِي اللَّحَبِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ كَانَتْ الذِّمَّةُ خَرَبَةً فَقَوْلَانِ وَالسَّبَبُ فِي هَذَا الْاِخْتِلَافِ كُلُّهُ أَنَّ الْأَمَانَةَ تَقْوِي دَعْوَى الْمُدْعَى حَتَّى يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ فَمِنْ شَبْهِ أَمَانَةِ الَّذِي أَمَرَهُ الْمُوَدَّعُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ أَعْنَى الْوَكِيلِ بِأَمَانَةِ الْمُوَدَّعِ عِنْدَهُ قَالَ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي دَعْوَاهِ التَّلَفِ كَدَعْوَى الْمُسْتَوْدَعِ عِنْدَهُ وَمَنْ رَأَى أَنَّ تِلْكَ الْأَمَانَةَ أَوْضَعُ قَالَ لَا يَرَى الدَّافِعَ بِتَصَدِيقِ الْقَاضِضِ مَعَ دَعْوَى التَّلَفِ وَمَنْ رَأَى الْمَأْمُورَ بِعِزَّةِ الْأَمْرِ قَالَ الْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ لِلْمَأْمُورِ كَمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ الْأَمْرِ وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ أَوْضَعُ مِنْهُ قَالَ الدَّافِعُ ضَامِنٌ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْقَاضِضُ لِلْمَالِ وَإِذَا أَوْدَعَهَا بِشَرطِ الضَّمانِ فَالْجَهْلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ وَقَالَ الْفَرِيدُ يَضْمَنُ وَبِالْجُمْلَةِ فَالْفَقْهَاءُ يَرَوْنَ بِأَجْمَعِهِمْ أَنَّهُ لَا ضَامِنَ عَلَى صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى وَيَخْتَلِفُونَ فِي أَشْيَاءَ هَلْ هِيَ تَعْدَأُ لَيْسَ يَتَعَدَّى فِي مَسَائِلِهِمْ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ إِذَا أَتَقَى الْوَدِيعَةَ تَعَدَّى مَرَدِّهَا أَوْ أَتَرَجَعَهَا لِنَفْسِهِ تَعَدَّى مَرَدِّهَا فَقَالَ مَالِكٌ يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمانُ بِعَالَةِ مِثْلِ إِذَا رَدَّهَا وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ رَدَّهَا بِعَيْنِهَا قَبْلَ أَنْ يَنْفَقَهَا لَمْ يَضْمَنُ وَإِنْ رَدَّ مِثْلَهَا يَضْمَنُ وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَالشَّافِعِيُّ يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا فَمِنْ غَلَطِ الْأَمْرِ ضَمْنُهُ إِيَّاهَا تَعَدَّى بِكُلِّهَا وَنِيَّةُ اسْتِنْفَاقِهَا وَمَنْ رَخَّصَ لَمْ يَضْمَنُ إِذَا أَعَادَ مِثْلَهَا وَمِنْهَا اخْتِلَافُهُمْ فِي السَّفَرِ بِهَا فَقَالَ مَالِكٌ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسَافِرَ بِهَا إِلَّا أَنْ تَعْلَى لَهُ فِي سَفَرٍ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَهُ أَنْ يَسَافِرَ بِهَا إِذَا كَانَ الطَّرِيقَ أَمْنًا وَلَمْ يَنْهَ بِهَا صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَمِنْهَا أَيْضًا لَيْسَ لِلْوَدَّعِ عِنْدَهُ أَنْ يُوَدَّعَ الْوَدِيعَةَ غَيْرَهُ مِنْ غَيْرِ عَرَفَرٍ فَإِنْ فَعَلَ ضَمْنُ وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ مَنْ تَزَوَّجَتْ فَقَدْ لَمْ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ شَبْهَ بِأَهْلِ يَتَهُ وَعِنْدَ مَالِكٍ لَهُ أَنْ يَسْتَوْدَعَ مَا أَوْدَعَ عِنْدَ عِيَالِهِ الَّذِينَ بِأَمْنِهِمْ وَهُمْ تَحْتَ غَلْفِهِ مِنْ زَوْجٍ أَوْ وَلَدٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ مِنْ أَشْبَهُهُمْ وَبِالْجُمْلَةِ فَعِنْدَ الْجَمِيعِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِمَا جَرَتْ عَلَيْهِ عَادَةُ النَّاسِ أَنْ يَحْفَظَ أَمْوَالَهُمْ فَإِنْ كَانَ يَنْمُنُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَحْفَظُ أَتَقَى عَلَيْهِ وَمَا كَانَ غَيْرَ بَيْنَ أَنَّهُ يَحْفَظُ اخْتَلَفَ فِيهِ مِثْلَ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمَنَهِبِ فَمِنْ جَعَلَ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِهِ فَهَبَتْ وَالْأَشْهُرُ أَنَّهُ يَضْمَنُ وَعِنْدَ ابْنِ وَهْبٍ إِنْ مَنَ أَوْدَعَ الْوَدِيعَةَ فِي الْمَسْجِدِ لَجَعَلَهَا عَلَى نَعْلِهِ فَهَبَتْ أَنَّهُ لَا ضَامِنَ عَلَيْهِ وَيَخْتَلَفُ فِي الْمَنَهِبِ فِي ضَمَانِهَا بِالنِّسْيَانِ مِثْلَ أَنْ يَنْسَاهَا فِي مَوْضِعٍ أَوْ يَنْسَى مِنْ دَفْعِهَا إِلَيْهِ أَوْ يَدْعِيهِ رَجُلَانِ فَقِيلَ يَحْلِفَانِ وَتَقْسَمُ بَيْنَهُمَا وَقِيلَ أَنَّهُ يَضْمَنُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّا إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ فَلَهُ عِنْدَ مَالِكٍ أَنْ يُوَدَّعَهَا عِنْدَ ثِقَةٍ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ وَلَا ضَامِنَ عَلَيْهِ قَبْرَ عَلَى دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ لِمَنْ يَقْدِرُ وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فَهَمِنْ مَنْ يَقُولُ إِنْ أَوْدَعَهَا لِقَبْرِ الْحَاكِمِ ضَمْنُ وَقَبُولُ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ مَالِكٍ لَا يَجِبُ فِي حَالِ يَمِينٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ وَاجِبٌ إِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُوَدَّعَ مِنْ يُوَدَّعِهَا عِنْدَهُ وَلَا أَجْرَ لِلْوَدَّعِ عِنْدَهُ عَلَى حِفْظِ الْوَدِيعَةِ وَمَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مَسْكَنِ أَوْ نَفَقَةٍ فَعَلَى رِيْهَا وَاخْتَلَفُوا فِي هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ مَشْهُورٍ وَهُوَ فَمِنْ أَوْدَعَ مَا لَا تَقْدِرُ عَلَيْهِ وَتَجَرَّبَ فِيهِ هَلْ ذَلِكَ الرِّجْعُ حَلَالٌ لَهَا أَمْ لَا فَقَالَ مَالِكٌ وَالْقَيْثُ وَأَبُو يَوْسُفٍ وَجَاعَةُ إِذَا رَدَّ الْمَالُ طَلَبَ لَهُ الرِّجْعُ وَإِنْ كَانَ غَاصِبًا لِلْمَالِ فَخِصْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ مُسْتَوْدَعًا عِنْدَهُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَزُفَرٌ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يُؤْذَى الْأَصْلُ وَيَتَصَدَّقُ بِالرِّجْعِ وَقَالَ قَوْمٌ لِرُبِّ الْوَدِيعَةِ الْأَصْلُ وَالرِّجْعُ وَقَالَ قَوْمٌ هُوَ غَيْرُ بَيْنِ الْأَصْلِ وَالرِّجْعِ وَقَالَ قَوْمٌ الْبَيْعُ الْوَاقِعُ فِي تِلْكَ

التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصديق بالرجح اذا مات من اعتبر التصرف قال الرجح للتصرف ومن اعتبر الاصل قال الرجح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال فتحجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضا فأجاب الى ذلك لانه قد روي أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة الاعارة والمعير والمستعير والمعار والصيغة أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى (ويعتصمون للماعون) انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الناس والبلو والحبل والفدر وما أشبه ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية اما لقبها واما المنفعة والاطهر أن لا تصح من المستعير أعني أن يعيرها وأما العارية فتكون في الدور والارضين والحايوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الآن تكون ذا محرم وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للغير أن يستدعيره اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ملازمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الأحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحمد قولي مالك ومنهم من قال تقبض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلقبينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو من ذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصقوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صقوان بن أمية ألزمه الضمان ومن ذهب من ذهب الجميع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الآن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صقوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة الفايض وانفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعني الشافعي وأبي حنيفة ومالك والشافعي اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان واختلّفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والنظر باطل ورجحى على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضوع الذي لا يجب فيه عايه الضمان أن يلزم اجارة المثل في استعماله

العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض أن يعيره الا أن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب أن يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير ونش ثم انقضت المدة التي استعار اليها فقال مالك للمالك باختيار ان شاء آخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه وان شاء أعطاء فحتمه مقولوا اذا كان عماله فحتمه بعد القاع وسواء عندما ملك انقضت للمدة المحسودة بالسرط أو بالعرف والعادة وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القاع فليس له مطالبة بالعام بل بخير المعير بأن يبقيه بأجر بعهاء أو ينقض بالرش أو يملك يبذل فأيهما أراد المعير أجزأه المستعير فان أبي كلف تفرغ المالك وفي جواز بيعه للنقض عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان آخذ المستعير بالقاع دون أرض هو ظلم ورأى مالك أن عليه اخلاء المحل وأن العرف في ذلك بنزل منزلة الشروط وعندما ملك أنه ان استعمال العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن مانقضا بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليفرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما يتنفع به المستعير ولا يضر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه بهاذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجاعة أهل الحديث يقضى بذلك ومجتهم ما خرج مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جداره أن يفرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنهم معرضين والله لأرمن بهما ين أكافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليج جاله من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكم في الضحاك عمر بن الخطاب فلما عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله قال محمدا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمدا فقال عمر والله ليمرن به ولو علي بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط فنعه صاحب الحائط فكم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي مالك لا دخاله هذه الاحاديث في موطنه وتركه الا لخبها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا يحمل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا يخص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعندما ملك أنها محولة على النصب وأنه اذا أمكن أن تكون مخصصة وأن تكون على النصب فحملها على النصب أولى لان هذه العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما مجمع ووقع التعارض وروى أصح عن ابن القاسم أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك انه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القول كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب النصب ﴾

وفيه بابان الاول في الضمان وفيه ثلاثة أركان الاول الموجب للضمان والثاني ما فيه الضمان والثالث

﴿ الباب الأول ﴾

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان فهو إما المباشرة لاخذ المال للمنصوب أو لاتباعه وإما المباشرة للسبب المتلف وإما إثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه صاحبه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وقرى الشافعي بأن أن يهجه على الطيران أو لا يهجه فقال يضمن أن صاحبه ولا يضمن أن لم يهجه ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان أن حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه والام يضمن ويحجب على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مستلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط فالأشهر أن الأموال تضم من عمد وخطأ وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه أن يكون مخنثا فالعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مخنثا وإلا لا يرى على المكروه الضمان أعني المكروه على الألف (الركن الثاني) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال ألفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتلك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور أنها تضمن بالغصب أعني أنها إن انتهكت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان

(الركن الثالث) وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب أن كان المال قائما عنده بعينه لم يتدخل زيادة ولا نقصان أن يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فإذا ذهبت عينه فأنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا وموزونا أن على الغاصب المثل أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقعة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا يلزم القعة إلا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصة في عبد قوم عليه الباقي قعة العدل الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزم المثل وألزمه القعة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى (جزاء مثل ما قتل من النعم) ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدي عليه ومن ألحقة لهم ما خرج به أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت يدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم أحدهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت فصعبها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحيفة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإماء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال إماء مثل إماء وطعام مثل طعام

﴿ الباب الثاني في الطوارئ ﴾

والطوارئ على المنصوب اما زيادة واما نقصان وهذا ان امان قبل الخلق واما ان قبل الخلق
فاما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا أن يأخذه ناقصا أو يضمه قيمته يوم الغصب
وقيل ان له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب وأما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمنصوب مخير
فى الذهاب بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وماقتضته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم
وعند سحنون ماقتضته الجناية يوم الغصب وذهب أشهب الى أنه مخير بين أن يضمه القيمة أو يأخذه
ناقصا ولائى له فى الجناية كالذى يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن الموار والسبب فى هذا الاختلاف
ان من جعل المنصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان كأنه
حدث فى ذلك صحيح فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله
وهو قياس قول أبى حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المنصوب
مضمونا على الغاصب بقيته فى كل أو ان كانت يده عليه أخذه بأرفع القيم وأوجب عليه رد الغلة وضمان
النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعى وأقياس قوله ومن فرق بين الجناية التى
تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء وهو مشهور من ذهب مالك وابن القاسم
فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كالجنى
عليه وهو فى ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقضى عليه وأما ان كانت الجناية عند
الغاصب من غير فعل الغاصب فالمنصوب مخير بين أن يضم الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب
الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنائيات فهذا حكم الجنائيات على العين فى يد الغاصب
وأما الجناية على العين من غير أن ينصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل سيرا من
المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ماقتضى يوم الجناية وذلك بان يقوم بهي حاور يقوم بالجناية
فيعطى ما بين القعتين وأما ان كانت الجناية بما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء
أسلعه للجاني وأخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وأبو حنيفة ليس له الا القيمة الجناية
وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب ونشبهه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين وأما التماس
فانه على قسمين أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثانى
أن يكون بما أحدثه الغاصب فاما الأول فانه ليس بقوت وأما التماس بما أحدثه الغاصب فى الشيء المنصوب
فانه ينقسم فبارواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين
قائمة كالصبيغ فى الثوب والنقش فى البناء وما أشبه ذلك والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى
العمل كالخيلطة والنسج وطحن الحنطة والخشب يعمل منها توايت فاما الوجه الأول وهو أن يجعل
فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله
كالبقعة بينها وما أشبه ذلك والثانى أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يثنت فاما الوجه
الأول فالمنصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حاله وإزالة ماله فيها بما جعله من نقض
أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقاولا بسنط أو القام وهذا اذا كان الغاصب
عن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القام هذا ان كانت

له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المنصوب فيه شيء لأن من حق المنصوب أن يعيده
 له الغاصب ما غصب منه على هيئته فإن لم يطلبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثاني فهو فيه غير
 بين أن يدفع قيمة الصبغ وما شبهه يأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويقي الذي
 يلتقي السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخبر فيه لما يدخله من الريا ويكون ذلك فواتيلازم الغاصب فيه
 المثل والقيمة فيما لا مثل له وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه
 في الشيء المنصوب سوى العمل فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به
 الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب والرفوله والثاني أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المنصوب
 عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل يسجعه والفضة يصوغها حليا أو دراهم
 فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب وأخذ المنصوب منه الشيء المنصوب معمولوا وأما الوجه الثاني
 فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المنصوب يوم غصبه أو مثله في ماله مثل هذا تفصيل من ذهب ابن القاسم
 في هذا المعنى وأشبه يجعل ذلك كله للمنصوب أصله مسألة البنيان فيقول أنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر
 على أخذه من الصبغ والرفو والنسج واللباغ والطحين وقدرى عن ابن عباس أن الصبغ تغمرت
 يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقية الصبغ وهذا بقية الثوب
 ان أبي ريب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبي الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن
 القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبه جلية وقول الشافعي
 في الصبغ مثل قول ابن القاسم أنه لا يميز الشركة بينهما ويقول أنه يؤمر الغاصب بقطع الصبغ ان أمكنه
 وان قص الثوب ويضمن للمنصوب بمقدار النقصان وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل مال الغاصب
 من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيننا الآن يحتاج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظلم
 حق لكن هذا مجمل ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعنى ماله
 للمتعلق بالمنصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المنصوب تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف في ذلك
 في المذهب على قولين أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المنصوب والثاني أن حكمها بخلاف الشيء
 المنصوب فن ذهب إلى أن حكمها حكم الشيء المنصوب وبه قال شهاب من أصحاب مالك بقول إنما تلزمه
 الغلة يوم قبضها وأكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها
 لاقية الشيء المنصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المنصوب
 فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد ما فاقهم على أنها ان نافت بينة أنه لا ضمان على الغاصب وأنه ان
 ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه وتخصيل من ذهب هؤلاء في حكم الغلة شأن انغال تقسم
 إلى ثلاثة أقسام أحدها غلة متولدة عن الشيء المنصوب على نوعه وخالقته وهو الولد وغلة متولدة عن
 الشيء لا على صورته وهو مثل النمرولين والماشية وجبنها وصوفها وغلال غير متولدة بل هي منافع وهي
 الاكرية واخراجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خاتمة وصورته فلا خلاف أنه له ان الغاصب يردده
 كالوسع الام المنصوبه وان كان زاده الغاصب وانما اختلفوا في ذلك اذا مات الام فقال مالك مخرج بين الولد

وقية الام ولة السافعي بل يرد الولى وقية الام وهو القياس وأما ان كان متولوا على غير خلقه الاصل
وصورته فيه فولان أحدهما أن الغاصب ذلك المتولد والثاني انه يلزمه رده السبب المصوب ان كان
قائما وحيها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الامن قوله فان تلف السبب المصوب كان مخبرا بان أن ضمنه
بقيمته ولائى له فى الغلة وبين أن يأخذ به الغلة ولائى له من العيمة وأما كون غير متولد فاختلوا
فيه على خمسة أقوال أحدها أنه لا يلزمه رده جله من غير تفصيل والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل
أيضا والثالث أنه يلزمه الرد ان أكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان أكرى أو انتفع
ولا يلزمه ان عطل والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعنى أنه بردقية ، نافع الاصول ولا رد قية
متافع الحيوان وهذا كماه فبا اغتال من العين المصوبه مع عينها وقيامها وأما اغتال منها بتصرفها
وتحويل عينها كالدنانير فيقتصبها فتجربها فيخرج فالغلة له قول واحد في المذهب وقال قوم المرجح
للمصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق
ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان ممازله أو بماليزالبه وذلك أبو حنيفة انه من
تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراه عليه في ركوبها وإلها ولا في جله لانه ضامن لها ان تلفت
في تعديه وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار في ذمته جازته للمنفعة
كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به يحول عينه وهذا
لم تحوّل عينه وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردّها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة
والسلام الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك أن قوله عليه الصلاة
والسلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه يعيب فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشتري غلته
واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور
فمن قصره هنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل
أن يشترى شياً فيستغله فيستحق منه وأما ما صار اليه بغير وجه شبه فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس
لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني وأما من
عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه
وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة للغاصب
وأما من المعنى كما تنضم من قولنا فالقياس أن تجرى للمنافع والأعيان المتولدة بجري واحد وأن يعتبر
التضمنين ولا يعتبر وأما سائر الاقاويل التي بين هذين فهي استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترس
مختلا ونمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه انه يؤمر بالقلم لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحبأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم
عندهم هو ما اغترس في أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذى
حدثني هذا الحديث أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أشجارا مختلا في أرض
الآخر فمضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقموا أيها وانها لتضرب
أصولها بالفقوس وانها لنخل عم حتى أخرجه منها الاماروى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً

في أرض غيره وقتاً وإن زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراه الأرض وقروى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله أن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للغصوب يكون الزرع على هذا المزارع وفرق قوم بين الزرع والنخل فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام من زرع في أرض قوم بغير أذنتهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته للوائى والدواب على أربعة أقوال أحدها أن كل دابة مرسله فصاحبها ضمن لما أفسدته وأنشأ في أن لاضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار والرابع وجوب الضمان في غير المنقلت ولا ضمان في المنقلت ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لاضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه والضمان بإطلاق قال الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئاً أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرت إذ نقشت فيه غنم القوم) والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على من ذهب من يرى أن الخطأ بغير علم من قبلنا والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقصى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشى بالليل ضمن على أهلها أى مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الجهماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق من ذهب إلى حقيقة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة فأما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المرح وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مرسح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصوله وذلك أنه تعد من المرسول والأصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنقلت وغير المنقلت بين أن المنقلت لا عليك فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع ببعض لبعض أعني أن الأصل يعارض جرح الجهماء جبار ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح الجهماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين العنزة بربع ثمنها وكتب إلى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيها أصيب من الهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدى في الأموال والكوفيون اعتقدوا في ذلك على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقالوا إذا قل صاحب قولاً ولا تخالفه من الصحابة وقوله مع هذا يخالف القياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه انحصر إلى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف إذا عارضه القياس لقول صاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل المول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري ضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من تصدحراً فأراد قتله فدافع المقعد بن نفسه قتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود وإذا كان ذلك في التمر كن في المار

حرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقاسا أيضا على اهدار دم الصيد الحريمى اذا صال وبه تمسك
 حذاق أصحاب الشافعى وعمدة أبى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير
 ولا حرمة للبعير من جهة ماله وذوق نفس ومن هذا الباب اختلافهم فى المكروه على الزنا هل على مكرها
 مع الحد صدق أو لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصداق والحديجيا وقال أبو حنيفة والثورى
 عليه الحد ولا صدق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للإنسان
 فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق
 فتعلق فى ذلك بمعنيين أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله
 وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل
 البضع وانما هو عبادة اذا كان النكاح شرعا واذا كان ذلك كذلك فلا صدق فى النكاح الذى على غير
 الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عايبا بناء مساوى قائما أضاعاف قيمة
 الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم وبأخذ المصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة
 تفوت بالقيمة كقول مالك فعين غير المصوب بصناعة طافعة كثيرة وعند الشافعى لا تفوت المصوب
 بشئ من الزيادة وههنا انتهى هذا الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاستحقاق

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشئ
 المستحق من يد انسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لاستحقاقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق
 من يده الشئ المستحق بشرأه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقلها وكله أو كله ثم اذا استحق منه
 كله أو كله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو يده بزادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا
 أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مضمون فأما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك
 على الذى اشتراه منه بقية ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع وأما ان كان استحق كله أو كله
 فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع للمستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه
 ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمقون رجع بالمقون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيرا يوجب
 اختلاف قيمته رجع بقيته يوم الشراء وان كان المال للمستحق قد بيع فان للمستحق أن يعضى البيع
 ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشئ المستحق فان تغير
 الشئ المستحق فلا يخلو أن يتغير بزادة أو نقصان فأما ان كان تغير بزادة فلا يخلو أن يتغير بزادة من
 قبل الذى استحق من يده الشئ أو بزادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فبأخذها المستحق
 مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار فبني فيها
 فتستحق من يده فانه غير بنى أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من
 يده قيمة ما استحق أو تكونا شركن هنا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس
 وهو قضاء عمر بن الخطاب وأما ان كانت الزيادة ولاد من قبل المستحق منه مثل أن يشتري أمة فيولدها

ثم نستحق منه أو يزوجه على أنها حرة فتخرج أمة فأنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلقوا في أخذ قيمتهم وأما الام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها وأما ان كان الولد بنكاح فاستحققت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصادق على من غره وإذا أزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لأن الغرور لم يتعلق بالولد وأما غلة الشيء المستحق فإنه إذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف ان الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلك عندده وأما إذا كان غير ضامن مثل أن يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة وأما ان كان غير ضامن الا أنه ادعى في ذلك ثمنًا مثل العبد يستحق بحرية فإنه وإن هلك عندده يرجع بالثمن ففيه قولان أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ويضمن إذا وجد على من يرجع وأما من أي وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه وإذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في أحد هذه الاوقات الثلاثة فإذا كانت أصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطع بعده فقيل انها للمستحق ما لم تنقطع وقيل ما لم تبيس وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار وأما ان كان اشترى بعد الابار فالغلة للمستحق عند ابن القاسم ان جنته ويرجع بالسقي والعلاج وقال أشهب هي للمستحق ما لم تجنوا الارض إذا استحققت فالكره انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في ايام زريعة الارض وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراه الارض للمستحق منه وأما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه وأما ان كان أخذ له ثمنًا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده ربح آخر فإنه يرجع عليه بمن ما باع من النقص قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافا يعقد عليه فيما نقلته فيه من نهب مالك وأصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه إذا كان المستحق يشتري بمرض وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بمرض مثله لا بقيته وهم الذين يرون في جميع المتلفات المنزل وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض بكل كتاب الاستحقاق بحمد الله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر في الهبة في أركانها وفي شروطها وفي أنواعها وفي أحكامها ونحن فاعتمد كرم هذه الاجناس ما فيها من السائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فأنهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مال كالموهوب صحيح المالك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلقوا في حال المرض وفي حال السفه والقلس أما المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبه بالوصية أعني الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجاعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله أدامات ولا خلاف بينهم أنه إذا أصبح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع

وذلك أنهم لما انفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الآن يدل دليل من كتاب أرسنة ينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي بحجر فيها عند الجمهور هي الامراض الخوفة وكذلك عند مالك الحالات الخوفة مثل الكون بين الصنفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرمى وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر وأما السفهاء والفلسون فلا خلاف عندهم يقول بالحجر عليهم ان هبته غير ماضية وأما الموهوب فكل شيء صحيح ملكه وانفقوا على أن للإنسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامم كراهية ذلك له ولكن اذ وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا الارجماع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام هذا جور وعدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن الرجل ان يهب في محنته جميع ماله للاجانب دون أولاده فإذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد أخرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان محل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الي غني بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك وان كنت نخلتك جذاذ عشرين وسقا فلما كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك واعلموا اليوم مال وارث قالوا ذلك الحديث المراد به النذب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته ألتست تريد ان يكونوا لك في البر واللفظ سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري وأما مالك فانه رأى أن انتهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى ان يحمل على الوجوب فوجب عنده مفهوم هذا الحديث انتهى عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسيب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ انتهى الوارد وذلك أن انتهى يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حل الحديث على النذب وأخصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني ان يعدل باللفظ انتهى عن مفهوم الخطر الى مفهوم الكراهية وأما أهل الظاهر فلم يجز عندهم القياس في السرعة اعقدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور نصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالزهر ولا خلاف في المنهب في جواز هبة المجهول والمعلوم للتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الفرر وقال الشافعي ما جاز بيعه مجازت هبته كالبين وما لم يجز بيعه لم يجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالبين والرهن وأما الهبة

فلا بد من الإيجاب فيما والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فأشهرها القبض أعني أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العتاق لأما فقهاء التوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك يتعقد بالقول ويجبر على القبض كالبائع سواء فإن تأتى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفاست الواهب أمرض بطلت الهبة وله إذا باع تفصيل أن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن وإن قام في الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لأن شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور نصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلاً لأن شرط تمام ولأن شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقروى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكمل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبهها بالبائع وأن الأصل في العقود أن لا يقبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة ومروى مالك عن عمر أيضاً أنه قال لما بال رجال ينحلون أن بناءهم محلاً ثم يحسبونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي يدي لم أعطه أحداً وإن مات قال هو لا يني قد كنت أعطيت إياه فنحل محله فلم يحزها التي نحلها للمحلول وأبقاها حتى تكون أن مات لورثته فهي باطلة وهو قول على قالوا وهو أجماع من الصحابة لأنهم ينقل عنهم في ذلك خلاف وأما مالك فاعقدا الأمرين جميعاً أعني القياس ومروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض أسد الطريقة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو أفلاس على الواهب سقط حقه وجهور فقهاء الأمصار على أن الأب يحوز لانه الصغير الذي في ولاية نظره ولكبير السفه التي ما وهبه له كما يحوز لها ما وهبه غيره ولم وأنه يكفي في الحياة له إظهاره بالهبة والإعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين الأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنه صغيراً لم يبلغ أن يحوز بملكته فاعان ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها وقال مالك وأصحابه لا بد من الحياة في المسكون والملبوس فإن كانت دار اسكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس أن لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعني أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاداً وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يحوز إلا أن يخرج الأب عن يده إلى غيره وروى عنه أنه يحوز إذا جعلها في ظرف أو أمانه وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي يقوم في ذلك مقام الأب واختلفوا في الأم فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الأب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الأب والجد عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم والأم عندده تقوم مقام الأب

﴿ القول في أنواع الهبات ﴾

والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بها

الثواب التي يقصد بها الثواب منها ما يقصد به وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق فاما الهبة لغير الثواب
فالاختلاف في جزائها وانما اختلفوا في أحكامها وأما هبة الثواب فاختلّفوا فيها فجازها مالك وأبو حنيفة
ومنها النسيء وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس يباع مجهول الثمن
فمن رآه يباع مجهول الثمن قال هو من يبيع الثمر التي لا تجوز ومن لم ير أنها يبيع مجهول قال يجوز وكان
مالك يجعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذ لم يرض الوهاب
بالثواب ما الحكم فقيل تازمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تازمه الا ان يرضيه وهو قول عمر
على ما سيأتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاوّل هو المشهور عن مالك وأما اذا
ألزم القيمة فهناك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب اذا اختلفوا في ذلك وخصوصا اذا
دأت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للثمن أولن يرى انه انما يقصد بذلك الثواب وأما هبات
المنافع فبها هي مؤجلت وهذه تسمى عاريق ومصلحة وما شبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب
له وهذه تسمى العمري مثل ان يهب رجل لرجل سكني دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال
أحدها انها هبة مبتوتة أي انها هبة للرقة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجاعة
والقول الثاني انه ليس للعمري فيها الا المنفعة فاذا ماتت عادت الرقة للعمر أو الى ورثته وبه قال مالك وأصحابه
وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هي
عمري لك ولعقبك كانت الرقة ملكا للعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقة بعد موت المعمر للعمر
أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل
للأثر اما الأثر ففي ذلك حديثان أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال يا عمر جل أعمر عمرى له ولعقبه فانها لئني يعطها لا ترجع الى الذي أعطها أبدا
لانما أعطى عطاء وقعت فيه الموارث والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عياليكم أموالكم ولا تمروها فمن أعمر شيأ حياته فهو له حياته
ومعناه وقروى عن جابر بلفظ آخر لا تمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو لورثته حديث
أبي الزبير عن جابر يخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه يخالف أيضا بشرط المعمر الا انه يخيل انما قل
في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم بتبني العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير
عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك وامامنا قال ان العمري تعود الى
للمعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه أخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبي الزبير عن جابر
فمختلف فيه أعني رواية أبي الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار
حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخذام بخلاف العمري وان لفظ بالعقب فسوى مالك
بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكني والتعمير في انها لا تنصرف الى
المسكن أبدا على قول الجمهور في العمري والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد وانه يجب
ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذ لم يصرح بذلك العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستعصت ديناً وبالجملة ما لم يرتب عليه حق الغير وان للام أيضاً ان تعتصر ما وهبت ان كان الأب حياً وقدرى عن مالك انها لا تعتصر وقال أحد أهل الظاهر لا يجوز لأحد ان يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة لا يجوز لكل أحد ان يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله انه لا يجوز لأحد الرجوع فيها وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام لا يعزل لو اهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الأم على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة وأما من أجاز الاعتصار الا للنسوة الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذ لم يرض منها قالوا أيضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كالأموال المتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهور العلماء على ان من تصدق على ابنته فبات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مراسلات مالك ان رجلاً انصربا من الخرج تصدق على ابويه بصدقة فهل كما فورث ابنيهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال قد أجرت في صدقتك وخنها بغيرك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أنها رسل الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وانها ماتت وتركك تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر لا تشتر في الفرس الذي تصدقه فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على محتمة قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما يثبت لمحاسن الاخلاق وهذا الضد كافي في هذا الباب ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين القسم الأول النظر في الأركان والثاني في الأحكام ونحن فائما نتكلم من هذه فيا وقع فيها من المسائل المشهورة

﴿ القول في الأركان ﴾

والأركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح المالك ويصح عنده ما لك وصية السفه والصبى الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة لا يجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذ لم يوص بمحرم وأما الموصى له فاتفقوا على ان الوصية لا يجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث واختلفوا هل يجوز لغير القرابة فقال جهور العلماء انها يجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية

على القرابة وبه قال اسحق وحجة لاظهار قوله تعالى (الوصية للوالدين والأقربين) والاتصاف باللام
نفترض الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلا أعتق ستة أعبيده
في مرضه عند موته لأماله غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة
والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا يجوز لو ارث اذ لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها
الورثة فقال الجمهور يجوز وقال أهل الظاهر والمزني لا يجوز وسبب الخلاف هل المنع لعة الورثة أو عبادة
فمن قال عبادة قال لا يجوز وان أجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا أجازها الورثة وتردد
هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى
أم ليس بمعقول واختلفوا في الوصية لئيت فقال قوم تبطل عت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل
وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو اذا أذن الميرث لئيت هل لم إن يرجعوا
في ذلك بعدموته فقبل لم وقبل ليس لم وقبل بالفرق بين ان يكون الورثة في عيال الميرث أو لا يكونوا
أعنى انهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب

في القول في الموصى به

والنظر في جنسه وقدره أما جنسه فاتهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال
جمهور فقهاء الأصا ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة
الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميرث
لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر وأما القدر
فان العلماء اتفقوا على انه لا يجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة
وفي القدر المستحب منه هل هو الثلث ودونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا يجوز في أكثر من الثلث
لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاهد سعد بن أبي وقاص فقال لما رسول الله قد بلغ مني الوجع
ما ترى وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنتي أفا تصدق بثلاثي مالي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له
سعد فأنظر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك أن تذر ورثتك أغنياء
خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا يجوز بأكثر
من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام
في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالناس وأوصى عمر
بالربع والناس أحب الي وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فاتهم اعتقدا على ما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث
ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غص الناس في الوصية من الثلث الى الربع
لكان أحب الي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير وأما اختلافهم في جواز
الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعي واختلف فيه قول أحمد وأجاز
ذلك أبو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي عاله
بها الشريعة أم ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكفون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام

نك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب
ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قسلا بلقا وجعل جميع المسلمين
في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا يجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث

﴿ القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية ﴾

والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ
الوصية أو لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أغنى ان للموصي ان يرجع فيما وصى
به الا المديبر فانهم اختلفوا فيه على ما سياتي في كتاب التدبير وأجوعا على أنه لا يجب للموصي له الا بعد موت
الموصي واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصي له اياها شرط
في صحة الوصية وروى عن الشافعي انه ليس القبول شرطا في صحتها ومالك شبهها بالهبة

﴿ القول في الاحكام ﴾

وهذه الاحكام منها قضائية ومنها حاكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم
من وصى بثلث ماله لرجل وعين ما وصى له به في ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أ كثر من
الثلث فقال مالك الورثة غيرون بين ان يطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يطوه الثلث من جميع مال
الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد وأبو داود وعندهم أن الوصية فموجب للموصي له
بموت الموصي وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجبه به غير طيب نفس منه وتغير الوصية
وعنده مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة وذلك
أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كفوا بين ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصي له فثلث من ذلك
الشيء الموصي به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا في أن ذلك
الشيء الموصي به هو فوق الثلث فمنه مالك ان الورثة غيرون بين ان يدفعوا اليه ما وصى له به أو يفرجوا له
عن جميع ثلث مال الميت اما في ذلك الشيء بعينه واما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك
في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعي لثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت
حتى يستوفي تمام الثلث وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شيء بعينه فهل الأعدل
في حق الورثة ان يغيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز له ليت ان يخرج عنهم من ماله
أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الأولى اذا قلنا ان التعدى هو في التعيين لكونه
أ كثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكف الورثة أن يعضوا التعيين أو يتخلوا
عن جميع الثلث فهو محل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيجب عليهم زكاة فوات ولم يوص بها
واذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها
وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده
من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
قدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس
الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان

في السياق وكأن مالكا اتهمه هناك الورثة أعني في توصيته بإخراجها قال ولأجيز هذا الجاز للإنسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاجت الوصايا الزكاة قسمت عند مالكا على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء ير يد في الخاصة وانفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيّق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تنحصر في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحساية المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله وآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقسمان الثلث بينهما أخسا وقال أبو حنيفة بل يقسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الرائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان شاعا قال يقسمون المال أخسا ومن قال يبطل الاعتبار به كالمال كان معينا قال يقسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله ولمال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذ المخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعموته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصي بها

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكيف يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أولا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة فذلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين فاما الأجناس الورثة فهي ثلاثة ذوات نسب وأصهار وموالى فاما ذوات النسب فيها متفق عليها ومنها تختلف فيها فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا وكذلك الفروع للمشاركة لليت في الأصل الادنى أعني الاخوة ذكورا وإناثا أو للمشاركة الادنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا انفصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ابوالاب وان علا والاخ من أي جهة كان أعني للام والاب وألأولادهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النسوة فالابنة وابنة الابن وان سفل والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة وأما المختلف فيها فهم ذوات الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبية وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الأعمام والم أخوال البنات للام

فقط وبشر الاخوة للام والعمات والخاللات والأخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لاميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجاعة من العلماء من سائر الآفاق إلى تورثهم والذين قالوا بتورثهم اختلفوا في صفة تورثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى تورثهم على ترتيب العصباء وذهب سائر من ورثهم إلى التزويل وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله أن القرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكاتب أو سنة ثابتة أو إجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس أمال الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه خصوصية بآيات الموارث وأما السنة فاحتجوا بما أخرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انكثروا سوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الأخ للاب أعني أن من اجتمع له سببان أولى بمن له سبب واحد وأما أبو زيد ومتأخروا أصحابه فشهروا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن لبيت عند فقهاء أصحاب الفروض والعصباء لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللرقيق الاول اعتراضات في هذه المقياس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها واختلف فيها

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناً ما معاً هو أن للذكور منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلثاً فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في الانثيين فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال لا يثبت النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) هل حكم الانثيين للسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والظاهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس من قول الجمهور وقروى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فمأحسب أبو عمر بن عبد البر وعباد بن عتبة بن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله الله (ووصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الانثيين) إلى قوله (وان كانت واحدة فالحا النصف) وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقرءون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كإرثون ويحجبون كما يحجبون الانثى روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب البنات من النصف ولا الزوجة من الربع إلى الثلث ولا الام من الثلث إلى السدس وأجمعوا على ان ليس لبنات الابن ميراث

مع بنات الصاب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن
 في مرتبتهم أو أبعد منهم فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصاب
 فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب
 أبو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة
 مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل
 للنساء أكثر من السدس فلا تعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم
 للذكر مثل حظ الأنثيين) بأن ولد الولد لمن طريق المعنى وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته
 في جلة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس عن النبي
 صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فأبقت الفرائض
 فلاولى رجل ذكر ومن طريق المعنى أيضا ان بنت الابن لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان
 أخرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود
 فبني على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لمن مع الغير
 أكثر مما يجب لمن مع الاقراء وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصب
 كان في درجته أو أطرف منهم أو أطرف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصب الا اذا كان في مرتبتهم وجمهور
 العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتا صلب وبنتا لبن أو بنات ابن ليس معهم ذكر ان لبنات الابن السدس
 تسكمة الثلثين وخالف الشيعية في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن
 مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق
 النصف فالتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن
 تعصبا مطلقا وقيل يرثن تعصبا الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن
 الابن في درجته وقيل كيفما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى
 تسكمة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكر ا كان الولد أوتى
 الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم تترك الزوج ولدا
 ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن فالثلث وان لم يترك فله النصف ولا ينقصهن الا الولد
 وهذا الورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد) الآية

(ميراث الأب والأم)

وأجمع العلماء على أن الأب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي
 لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثالث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنتهما اذا كان
 لالدين ولدا أو ولد ابن السدس أعني ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما
 السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذي ذكر دون الابن وخالفهم في ذلك من شذ

وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد وأجمعوا من هذا الباب على أن
الأم يحجبها الاخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى (فإن كان له اخوة فلامه السدس) واختلفوا
في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن
الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين
لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس واختلف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجع فمن قال أقل ما ينطلق
عليه اسم الجع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فافوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجع اثنان
قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فإن كان له اخوة) ولا خلاف أن الذكر والاثني
يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا يحمل الأم من الثلث
إلى السدس بالأخوات المنفردات لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة إلا أن يكون معهن أخ
لموضع تغليب الذكر على المؤنث إذا سم الاخوة هوجع أخ والأخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فحين
يرث السدس الذى يحجب عنه الأم بالأخوة وذلك إذا ترك المتوفى أبوين وأخوة فقال الجمهور ذلك
السدس للاب مع الأربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبا
وللاب الثلثان لأنه ليس في الاصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم
الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التى تعرف
بالقراوين وهى فحين ترك زوجة وأبوين وأزواجاً وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم
ثلث مابقي وهو الربع من رأس المال وللاب مابقي وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم
ثلث مابقي وهو السدس من رأس المال وللاب مابقي وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول
على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضاً لأنها ذات
فرض وللاب مابقي لأنه عاصب وقال أيضاً في الثانية للزوج النصف وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى
وللاب مابقي وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجاعة وعمدة الجمهور ان الأب والأم لما كانا
إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللاب الباقي وجب أن يكون الحلل كذلك فبأبقي من المال وكانهم
وأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجاً عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الأم
ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدد مع ذى القروض بل يقل ويكثر
وماعليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وماعليه الفريق الثانى مع عدم التعايل أظهر وأعنى بالتعليل
ههنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالاثار أعنى الأب من الأم

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام إذا انفردوا واحداً منهم ان له السدس ذكر كان أو اثني وانهم ان كانوا
أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية للذكور منهم مثل حظ الاثني سواء وأجمعوا على أنهم
لا يرثون مع أربعة وعم الأب والجأبوا الأب وإن علا والبنون ذكرانهم واناتهم وبنو البنين وإن سفلوا
ذكرانهم واناتهم وهذا كله لقوله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية
وذلك أن الاجماع انفرد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ ولأخ وأخت من أمه

وكذلك أجمعوا فيما حسب ههنا على أن الكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب أعني الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين

﴿ ميراث الاخوة للاب والأم وللأب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والأم وللأب فقط يرثون في الكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناما فلذكور مثل حظ الاثنتين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستقونك قل الله يفتيك في الكلالة) لانهم اختلفوا في معنى الكلالة ههنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأ في ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم ذكرانا كانوا أو انانا منهم لا يرثون مع الولد الذكرا شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والأم مع البنت والبنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى ان الأخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكمله الثلثين وما بقي فلاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور جازوا اسم الولد ههنا على انه كور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم يحبسون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الانباء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقصروى ذلك في حديث حسن من رواية الأحاد المعدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على ان الأخوات للاب والأم اذا استكملن الثلثين فانه ليس للأخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وأنه ان كانت الأخت للاب والأم واحدة فلاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الأخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبن ويقسمون المال للذكر مثل حظ الاثنتين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الأخوات الشقاقى الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للاب ودون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الاثنتين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأخلة الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة بأعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والأم عند قضمهم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الاثنتين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وترك زوجا لها وأختها لها وأختها لها وأختها لها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيستغرقون المال في بنى الاخوة للاب والأم

بلائي فكانوا يشركون الاخوة للاب والأم في الثلث مع الاخوة للام يقسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء المصلا مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وأبي ابن كعب وأبو موسى الأشعري لا يشركون أخوة الأب والأم في الثلث مع أخوة الأم في هذه القرينة ولا يوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء المصلا أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجاعة وحجة الفريق الأول ان الاخوة للاب والأم يشركون الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الأم فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لأنه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء لهم اذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجاً وأماً وأخاً واحداً لأم وأخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الأخ للام يستحق ههنا السدس كاملاً والسدس الباقي بين الباقيين مع انهم يشركون له في الأم فبسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعرض المقاييس واشترك الألفاظ فيها في نفس

﴿ ميراث الجد ﴾

وأجمع العلماء على ان الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الاخوة الشقائق أو يحجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهم وجاعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجاعة واتفق على أن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما قوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الأحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روي عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أميتي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً وقد أجمعوا على أنه مثله في أحكام آخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الأب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن وأنه لا يقتصر له من جد كما لا يقتصر له من أب وعمدة من ورث الأخ مع الجد ان الأخ أقرب الى الميت من الجد لأن الجد أبو أبي الميت والأخ ابن أبي الميت والابن أقرب من الأب وأيضاً فاجعوا عليه من ان ابن الأخ يقدم على العم وهو يدلى بالأب والعم يدلى بالجد فبسبب اختلاف تعرض القياس في هذا الباب فان قيل فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي فلنا قياس من ساوى بين الأب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية والثالثة كما كان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة واذالم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع وانما هو مشترك له في الأصل والأصل أحق بالنسبة من المشترك له في الأصل والجد ليس هو أصلاً للميت من قبل الأب بل هو أصل لأصله والأخ يرث من قبل انه فرع لأصل الميت فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الأخ يدلى بالنسبة والجد يدلى بالابوة فان الأخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن أبيه والجد أب للميت والنسبة انما هي أقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث وأما البنوة التي

تكون لأب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لأب الموروث لأن الابوة التي لأب الموروث هي أبوة الموروث أعني بعيدة وليس البنوة التي لأب الموروث بنوة الموروث لا هريته ولا بعيدة فمن قال الأخ أحق من الجد لأن الأخ بدلي بالسبي الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد بدلي بالابوة هو قول غلط مخجل لأن الجد أب ماوليس الأخ ابناتما وبالجملة الأخ لاحق من لواحق الميت وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشيء من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فنحصيل مذهب زيد في ذلك انه لا يخلو أن يكون معه سوى الاخوة ذوفرض مسمى أو لا يكون فإن لم يكن معه ذوفرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين اماثل المال واما أن يكون كواحد من الاخوة المذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو إناثا والأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربع بأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع بقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخواته الثلث لأنها أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم وأما أن كان معهم ذوفرض مسمى فإنه يسدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم فابقي أعطى الأفضل له من ثلاث اماثل ما بقي بعد حظوظ ذوى الفرائض واما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثمها بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الأكرية على ما سنذكر منه فيها مع سائر مذاهب العلماء وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الا حقه من السدس وأما المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما ينقصه من السدس شيئا لأنهم لما أجعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئا كان أخرى أن لا ينقصه الاخوة وجمدة قول زيدانه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجاعة وبقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة وأما الفريضة التي تعرف بالأكرية وهي امرأة توفيت وترك زوجها وأما واختا شقيقة وجدا فإن العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان لزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وكان على ابن أبي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة الان زيداً يجمع سهم الاخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التثريب الذي قال به زيد في هذه الفريضة وبقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الأكرية لتكسر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول والعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار الا ابن عباس فإنه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر ابن الخطاب وإمام الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة قيل له وأياها قدم الله وأياها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهي ما قدم الله وكل فريضة اذ لزلت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فتلك التي أخر الله فالأول مثل الزوجة والأم وللتأخر مثل الاخوات والبنات قال فإذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فإن بقي شيء فسن أخرت والا فلائتيه قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى أنه اذا كان مع الجد والاخوة السقائي اخوة

لأن الاخوة الشقائق يعدون الجدة بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئا إلا أن يكون الشقائق أختا واحدة فانه تعد الجدة بأخوتها للاب بما بينهما (٧) وبين ان تستكمل فريضتها وهي النصف وان كان فيها يحظرها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها الله كرم مثل حظ الاثنين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فلما على رضى الله عنه فكان لا يثلث هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولأن هذا الفعل أيضا يخالف الأصول أعني ان يحسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب في الفرصة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحجابه الاخوت وهذا على رأيهم في اقامة الجدة مقام الأب وذهب على رضى الله عنه الى أن الام الثلث والاخت النصف وما بقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث والاخت الثلث وللجدة الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجدة الثلث وللأم السدس وكان يقول معاذاته ان أفضل أماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدات ﴾

وأجمعوا على ان للجددة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجددة أيضا أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فياسوي ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى أن الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قصدهما سواء وكانت أم الأب أقدم فان كانت أم الأم أقدم أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجددة أم الأب شيء وقدر روى عنه أيهما أقدم كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا هاتين الجدتين المجمع على تورثهما وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم أبي الأب أعني الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب أعني الجد وأم أبي الأم أعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يترك بين الجدات في السدس دنياهن وفصوهن ما لم تكن تحجبها بتهن أو بنت بتهن وقدر روى عنه أنه كان يسقط القصوى باللهن اذا كانت من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالأم اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بذهب زيد ما رواه مالك أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضى الله عنه نسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فأرجى حتى سألت الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال للمغيرة فأنفذ أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب نسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به الا فيك وما أبا زائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتا فيه فهو لكما وأيتكما انقربت به فهو لها وروى مالك أيضا انه أتت الجدتان الى أبي بكر فاراد أن يجعل السدس لتي من قبل الأم فقال له رجل أما انك تركت التي لومات وهو حي كان اياها يرث لجعل أبو بكر

السدس بينهما قالوا فواجب أن لا ينعى في هذا هذه السنة واجماع الصعابة وأما عمدة من ورث الثلاث جدات لحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتي عشرة من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها هو الأب فنهى به إلى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجاء من الصعابة وبه قال شرح وعطاء وابن سيرين وأجدوه قول الفقهاء المصريين وعمدة من يحجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الأم لا ترث باجماع مع الأم شيئا كان كذلك أم الأب مع الأب وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جد أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جد قمع ابنها وابنها في القوا ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجبان بالذكر كان كذلك حكم جميع الجدات وينبى أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا إلا في فرصة واحدة وهي امرأته لكت وتركت زوجا وأما وأخوة لأم وأخوة لأب وأم وجدنا فقال مالكا للزوج النصف وللأم السدس وللجددة ما بقي وهو الثلث وليس للأخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجددة السدس وما بقي للأخوة الشقائق غنائم مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الأخوة الشقائق ولا الأخوات للأب وجمته أنه لما حجب الأخوة للام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعمل أصله في أنه لا يحجبهم

باب في المحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب وأن الأخ للأب يحجب بنى الأخ الشقيق وإن بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب وبنو الأخ للأب أولى من بنى ابن الأخ للأب والأم وبنو الأخ للأب أولى من الأم أخت الأب وابن الأم أخت الأب للأب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بينهم ومن حجب منهم صنف فهو محجب من يحجب ذلك الصنف وبالجملية أما الأخوة فالأقرب منهم محجب الأبعد فإذا استوا حجب منهم من أدنى بسببين أم وأب من أدنى بسبب واحد وهو الأب فقط وكذلك الأعمام الأقرب منهم يحجب الأبعد فإن استوا حجب من أدنى منهم إلى الميت بسببين من أدنى بسبب واحد أعني أنه يحجب الأم أخت الأب لأب وأم الأم أختي هو أخت الأب لأب فقط وأجمعوا على أن الأخوة الشقائق والأخوة للأب يحجبون الأعمام لأن الأخوة بنو الأب المتوفى والأعمام بنو جدهم والأبناء يحجبون بينهم والآباء أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الأخوة والجد يحجب من فوقه من الأجداد باجماع والأب يحجب الأخوة ومحجب من تحببه الأخوة والجد يحجب الأعمام باجماع والأخوة للام ومحجب بنى الأخوة الشقائق وبنى الأخوة للأب والبنات وبنات البنين يحجبون الأخوة للام واختلف العلماء فمن ترك ابني عمه أحدهما أخ للام فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري للأخ للام السدس من جهة ما هو أخ للام وهو في باقي المال مع ابن الأم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم للمالك كله لابن الأم الذي هو أخ للام يأخذ سدسه بالأخوة وبقية بالتعصيب لأنه قد أدنى بسببين وعن قال بهذا القول من الصعابة ابن مسعود

ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الوريثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فصلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يصيب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وقال جمل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء وجزء وعندهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنما مسائل مشهورة اختلف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب الموارث بحسب أن تذكر ههنا فنها انه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجاعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا أن نكح نساءهم ولا يجوز لنا أن نكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص في السماء التي لا تسكافاً . واما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجاعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما ومعدة الفريقين الاوّل عموم الحديث ومعدة الحنفية تخصيص العموم بالقصاص وقيلاسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما كدوا بما يثبت لاله من حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لاله حرمة اسلامية ولذلك لم يجوز أن يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقص رجاءه أن يعود الى الاسلام وان استعجب المسلمين لاله ليس على طريق الارث وشنت طائفة فقالت ماله للمسلمين عنه ما يرتد وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل الله الواحد بعضهم بعضا واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجاعة الى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجاعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجاعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملّة والمجوس ومن لا كتاب لملّة والاسلام ملّة وقضى روى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك ومعدة مالك ومن قال بقوله ماري الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث

للسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيمضف وخاصة هنا واختلفوا في تورث الجلاء
والجلاء هم الذين يتعمدون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعني أنهم يولسون في بلاد الشرك
ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة للموجة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قولهم
يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقولهم
لا يتوارثون الا ببينة تشهد على أنسابهم وبه قال شرح والحسن وجماعة وقولهم لا يتوارثون أصلاً
وروي عن عمر الثلاثة الأقوال الآن الأشهر عنه أنه كان لا يرث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول
عنهان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم ففهم من رأى أن لا يرثون
الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يرثون أصلاً ولا ببينة العادلة ومن قال بهذا القول
من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروي ابن القاسم عن مالك في أهل حصن تزلوا على حكم
الاسلام فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون وهذا يخرج منه أنهم يتوارثون ببينة لأن مالكا لا يجوز
شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فما ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وينحو هذا التفصيل
قال الكوفيون والشافعي وأحمد أبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لأحد عليهم
يد قبلت دعواهم في أنسابهم وأما ان أدركهم السي والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة في المسئلة أربعة
أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد وعمر أن
من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب هؤلاء الثلاثة دون أن
يرثهم أعني بأهل الكتاب والبسبوا بالقاتلين عمداً وبه قال داود أبو ثور وعمدة الجمهور أن الحجب معنى
الارث وأنها ملازمان وحق الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع بالملوث واختلف العلماء في الذين يفقدون
في حرباً وغرقاً وأهمل ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب
مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يرث بعضهم من بعضهم وأن ميراثهم جميعاً لمن بقى من قراباتهم الوارثين
أوليت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فباحكى عنه الطحاوي وذهب
على وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيأخذ كغير الطحاوي عنه وجهور البصريين الى
أنهم يتوارثون وصفة تورثهم عندهم أنهم يرثون كل واحد من صاحب في أصل ماله دون ما ورث بعضهم
من بعض أعني أنه لا يضم الى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال
في الذين بعل تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرباً وغرقاً وأهمل ولكل
واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسة درهم وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج
دون الخمسة التي يورث منها زوجها وذلك ما تان وخسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
في ميراث ولد الملائنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الحان ولد الملائنة يرث كما يرث غير
ولد الملائنة وأما ليس لأنه الا لثالث والباقي لبيت المال الا أن يكون له اخوة لأم فيكون لهم الثلث
أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي
وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أب حنيفة على منحه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وأيضاً على
قياس من يقول بالرد على الام بقية للمال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن حصته عصبة أمه أعني

الذين يرفونها روى عن علي وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصيته عصية أمه الامع فقد الام وكانوا
يقلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وجمدة الفريق الاول
عموم قوله تعالى (فان لم يكن لولده وورثته ابواه فلامه الثلث) فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهدى لها
الثلث وجمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لحق ولده الملاعنة
بأمه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه
ولورثته وحديث واثة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمرأة محوز ثلاثة أموال عتيقها ولقيطها
وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم يمثل ذلك خرج جميع ذلك
أبو داود وغيره قال القاضي هذه الآثار الصريحة الواجب لانها قد خصت عموم الكتاب والجمهور على أن
السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول
مروي عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصلح الاول واشتهر في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار
فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله أعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فمن ترك
ابنين وأقرأ أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث
يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبة وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث
شيأ واختلاف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب
عليه لو أقر الاخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما يده وكذلك الحكم
عند مالك وأبي حنيفة فمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث
وأما الشافعي ففعله في هذه المسئلة قولان أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت
النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تنظر الشافعية في المسائل الطباوية ويجعلها مسئلة عامة وهو أن
كل من محوز المال يثبت النسب بإقراره وان كان واحدا أو غير ذلك وجمدة الشافعية في المسئلة الاولى
وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل وحيث
لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وجمدة مالك
وأبي حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعدد الى الاخ المتكرر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين وأما حظه
من الميراث الذي يبدل المقر فأقر به فيه عامل لانه حتى أقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من
الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه
في الميراث حظه منه وأما جمدة الشافعية في انبأهم النسب باقرار الواحد الذي يحوز الميراث قال السماع
والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة
ابن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمة مني فأقبضه اليك فلما كان عام الفتح
أخذ سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهد لي فيه فقام اليه عبد بن زمة فقال أخي وابن وليدة أبي
والد على فراشه فتسلوا فاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد الي
فيه فقام اليه عبد بن زمة فقال أخي وابن وليدة أبي والد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
هولك يا عبد بن زمة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراس واللعن الحجر ثم قال السوداء بنت

زمنة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعثته بن أبي وقاص قالت فإرأها حتى لقي الله عز وجل ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمنة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره اذ لم يكن هناك وارث سنازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به والأصل أن لا يثبت نسب الابن لشخص عدل ولذلك تأويل الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة أنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمنة بن قيس وانما كانت فراشا له قالوا وما يؤيد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمنة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فبيّن أن لا يخفى عليه أمرها وهذا على القول بان للفاضل أن يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمنه مالك لأنه لا يقضى الفاضل عنده بعلمه ويليق بذهب الشافعي على قوله الآخر أعني الذي لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا إنما أمر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه لأن ذلك كان واجباً وقال مالكان هذا بعض الشافعية ان للزوج أن يحجب الاخت عن أخيهما وقالت طائفة أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق بنسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام هو لك فقالت طائفة إنما أراد هو عندك اذ كان ابن أمة أليك وهذا غير ظاهر لتعليق رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمنة أي يدك عليه بمنزلة ما هو يد الاقاط على القطعة وهذه التأويلات تضعف لتعليقه عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذي يعقده الشافعية في هذا المذهب فهو أن اقرار من يحوز للبراث هو اقرار خلافة أي اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يرى أن اقراره الذي كان الميت انتقل اليه هذا الذي حاز ميراثه وافترق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا في الجلبلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذوهم فقلوا يلحق وله الزنا في الاسلام أعني الذي كان عن زنا في الاسلام وافترقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر امامن وقت العقد واممن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقتها واعتزلها واختلعا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به بالولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالتندر ولعلها أن يكون مستحيلاً وذهب مالك والشافعي الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتمت بولاً ستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتمت به ستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراشه ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الابن كان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلوا من هذا الباب في اثبات النسب بالطائفة وذلك عند ما يبطأ رجلاً

في طهر واحد بملك بين أو بنكاح ويتصور الحكم أيضا بالثقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة والثقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالثقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والاوزاعي وأبى الحكم بالثقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عنده هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولهما كان الولد بينهما وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش مثل أن يكون لقيطاً أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤهما رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم لابن الواحد أو ابناً فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز أن يكون ابناً لثلاثة إن ادعوه وهذا كله تخليط وإبطال للمقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالثقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يخطب أولاد الجاهلية بمن استلظهم أي بمن ادعاهم في الإسلام فأبى رجلان كلاهما يدعي ولداً امرأة فدعا قاتلاً فنظر إليه فقال القاتل لقد اشتركا فيه فصر به صرخة بالمرءة ثم دعا المرأة فقال أخبريني بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتي في ابل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد اسقى بها حمل ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماً ثم خلف هذا عليها تعنى الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القاتل فقال عمر للغلام والأيهم اشتت قالوا فقتله عمر بمحض من الصحابة بالثقافة من غير أنكار من واحد منهم هو كالأجتماع وهذا الحكم عنده مالك إذا قضى الثقافة بالاشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقاله والأيهم اشتت ولا يلحق واحد اثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما إذا زعم القاتل انهما اشتركا فيه وعن مالك أنه ليس يكون ابناً لثنتين لقوله تعالى (يأيها الناس اتقوا الله أنما خلقناكم من ذكر وأنثى) واحتج القائلون بالثقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمى ما قال مجزئ المديجي لزيد واسامة ورأى أقدماهما فقال إن هذه الأقدام بضمان بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا يخالفهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الأصل أن لا يحكم لأحد المنزعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش اتقوله عليه السلام الولد للفراش فإذا عدم الفراش واشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكأنهم رأوا ذلك نوة شرعية لا طبيعية فإنه ليس يلزم من قال أنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبو بن بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في الثقافة إلا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان أحدهما مثل قول الشافعي والثانية أنه يقبل قول قاتل واحد والثقافة في المشهور عن مالك أنما يقضى بها في ملك الميمن فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثوري عن صالح بن يحيى عن الشعبي عن زبد بن أرقم قال كان علي باليمن فأبى امرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للنبي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه ونحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انقضاء الحكم بالثقافة والحق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أسلم من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الأقل وفرق قوم بين

أخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ الامن المية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون من له إقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون عن يthem أو لا يthem وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى لنظر المصلحة وذلك أن النظر المصلحة يقتضي أن لا يرث لئلا يتنزع الناس من الموارث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد بوجوب أن لا ينفذ الى ذلك فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربه نسي كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعلمه وموروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثته ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجاعة المعترف في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فحين أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضي ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب اما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب أن تذكر ههنا الولاء ولين يجب ومن يجب فيه عن لا يجب وما أحكامه

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب (المسئلة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وأنه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبه له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة انما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الثاني بأثر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غيره علمه فالولاء للبائس للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجهة كالحمة النسب قالوا فاعلم يجر أن يلتحق بنسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلا نعتقه سوية وقت في ملك المعتق فوجب أن يكون الولاء له أصله اذا أعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد سلكه اياه فأشبه الوكيل والذالك اتفقوا على أنه اذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه للبائس (٧) وعندما ك أنهم قال لعبد أعتق لوجه الله وللسلمين أن الولاء يكون للسلمين وعنهم يكون للمعتق (المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجاعة لا ولاء له وقال أبو حنيفة وأصحابه له

(٧) هكذا بالنسخ ولعل صوابه كان ولاؤه لا للبائس تأمل اه مصححه

ولاؤه اذا ولّاه وذلك أن من منحههم أن للرجل أن يوالى رجلاً آخر فبره ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء أعلن وأُعْتَق وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالمحكوم عليه لا يشترك فيه غيره أعنى أن لا يكون ولاؤه بحسب مفهوم هذا القول الا للعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالوالة قوله تعالى (ولكل جعلنا مولى عما ترك الوالدان والاقرّبون) وقوله تعالى (والذين عاقبت إيمانكم فأتوهم نصيبهم) وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث نعيم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرک يسلم على يدى مسلم فقال هو أختى الناس وأولادهم بحياته وعماه وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقبت إيمانكم) منسوخة بآية الموارث وإن ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نفيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة (المسئلة الثالثة) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين الآن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاؤه حيث شاء وإن لم يوال أحدًا كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولا بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدده فان كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الأب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد وأما عند مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) فهو يقول انه لما لم يجبهه الولاء يوم العتق لم يجبهه فيما بعد وأما اذا وجبه يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا أعتق النصراني النسي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عداليه وإن كانوا اختلفوا في الحر في يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليه المسلمين فقال مالك هو مولا يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاؤه بينهما والعبد أن يوالى من شاء على منعه في الولاء والتحالف وخالف أصحاب مالك فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد اليه المولى ولاؤه أبداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالك اعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصراني أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويؤمنون انه من ملهم (المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في ذرأته الولاء الا من باشرن عتقه بأقربهن أو ما جازهن من باشرن عتقه اما بولاء أو بنسب مثل معتق معتقة أو ابن معتقة أو ابن معتقة أو ابن معتقة من يرثه الا ما حكى عن شريح وعنده أنه لما كان له ولاد ما أعتقت بنفسها كان له ولاد ما أعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو

الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وإنما الذى يوهنه الشنوذ وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التى كانت للعق على المعق وهذه النعمة إنما توجد فى مباشر العتق أو كان من سبب قوى من أسبابه وهم العصبة قال القاضي وإذا قدر من له ولاء عن ليس له ولاء فى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل أعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين وأثنين ثم مات أحد الاخوين وترك ابناً أو أحد الاثنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنته وهو راجع الى أخيه لأنه أحق به من ابنته بخلاف الميراث لان الجلب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شرح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لابنته وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الأول ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجبر الولاء وصورتها أن يكون عبده بنون من أمة فاعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الأب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذالم يس المولود الرق فى بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو المولى الام واختلفوا اذا أعتق الاب هل يجبر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجبر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجبر وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزيير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجاعة لا يجبر ولاءه روى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه بقبصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قفروى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للأب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لأمهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجبر ولاء خفته اذا كان أبوه عبداً الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتقدوا فى ذلك على أن ولاء الجد إنما ثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كونه فوجباً أن ينتقل الولاء الى أبى الأب ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود الأعلى الا اذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث لأن البنوة عندهم أقوى تعصياً من الابوة والأب أضعف تعصياً والاخوة ونسبهم أقدم عندنا من الجد وعندنا الشافعى وأبى حنيفة الجد أقدم منهم وسبب اختلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصياً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصياً فإذ مات المولى الأسفل ولم يكن له وربة أصلاً أو كان له وربة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى وكذلك يصعب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنين بنيه وفى هذا الباب مسألة مشهورة وهى إذا ماتت امرأة وطال ولاءه وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعاينونها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبى طالب وقال قوم لا يبنوا وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء المصالح وهو مخالف لاهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها ثم كذب القرائض والولاء والجدلة حتى حمده

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فممن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أغنى بالشرع وفي ألقاظ العتق وفي الإيمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فأما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي تتعلق أكثرها بالمسموع فأما من يصح عتقه فأنهم أجعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم النقي غير العديم واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله في عتق المريض وسكمه فأما من أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الأوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يبحر عليه الحاكم وذلك عندمن يرى التصغير منهم وقد يخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه في الرهن أنه يجوز وإن أحاط الدين بمال الراهن مالم يبحر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه إن ماله في تلك الحال مستحق للغراء فليس لأن يخرج منه شيئا بغير عوض وهي العلة التي بهل يبحر الحاكم عليه التصرف في الأحكام يجب أن توجد مع وجود عاقلها وبحجج الحاكم ليس بعة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوع وعمدة الفريسي الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن بطأ جاريته ويحبها ولا يردها عما نفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصيته منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشي من ماله كالأموال وأكثر أصحابه فأنهم أجازوا عتقه لأم ولده وأما المريض فله يجوز على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا أعنى ستة أعبد له الحديث على ما تقدم وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه وإثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعده فأما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين أحدهما من وقع تبويض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني أن يكون ملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل إن كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه فقة العبد دفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه وإن كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقى للمعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد إن كان معسرا سعى العبد في قيمته لاسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجاعة الكوفيين إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بماسى فيه متى أسير وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أنه لا خيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك المورس ثلاث خيارات أحدها أن يعتق كما عتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهما والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته والثالث أن يكلف العبد السبي في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد

فيسعى فيه ويكون الولاء كله للعتق وعدم مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ عن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والافقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا له في عبد خلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسرى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجهما أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذه فهاهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة للمعرضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله والافقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وإن في ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا وعماهن به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية وأما من طريق المعنى فأعقدت المالكية في ذلك على أنه انما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فأبى يارمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى إن الأخيرة حق ما شرعى لا يجوز تبعيه فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه وإذا كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهي وقالوا لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرع مملكه وجب أن يكون العتق بالسي كذا قال في الاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجبت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العبد واليسر واحتجبت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فأنما يجب بعد تلفه فأذن بنفس العتق أن تلف صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الانلاف وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لأنه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة يخالف لظاهر الحديثين وقروى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فحين أعتق نصيبه في عبد إن العتق بالكل وقال قوم لا يقوم على المعسر الكل ونفذ العتق فيما أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الأحاديث ولعلمهم لم تبلغهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باستقاط التقويم حتى يسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القاتلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبده أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسرا إلا إذا ملكه بوجه لا اختياره فيه وهو أن يملكه بمرات فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي

الثورى والاوزاعى وأحمد بن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو
 شيعة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسى العبد فى الباقي وهو قول طائوس وجاد
 عمدة استدلال الجمهور أنهما ثبتت السنة فى اعتناق نصيب الغير على الغير حرمة العتق كان أحرى أن يجب
 لك عليه فى ملكه وعمدة فى حنيفة أن سبب وجوب العتق على البعض للعتق هو الضرر الذى داخل على
 مريكه فإذا كان ذلك كله ملكه لم يكن هناك ضرر فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا
 لحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعض أو مضرة الشريك واحتجبت الحنفية بما رواه اسماعيل
 بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق صف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة
 الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلاً من هذيل أعتق شقيقه من مملوك
 نعم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها
 الجمهور وصارت عليهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من الاستنبطه فسبب اختلافهم تعارض
 الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس وأما الاعتناق الذى يكون بالثمة فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك
 والليث والاوزاعى من مثل بعده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والنشافى لا يعتق عليه وشذذ الاوزاعى
 فقال من مثل بعبده أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما تهم من قبة العبد غلاك ومن قال بقوله
 اعتق حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن زنباعاً وجد غلامه مع جارية ففطع ذكره وجذع
 أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فدكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حلك على ما فعلت
 فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثانى قوله
 صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر من لم يملكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق فى ذلك
 وإنما ندب اليه ولم يهرم من طريق المعنى أن الأصل فى الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده إلا خصمه
 اللبيل وأحاديث عمرو بن شعيب تختلف فى صحتها فلم تبلغ من القوة أن يخص بها مثل هذه القاعدة
 وأما هل يعتق على الإنسان أحداً من قرابته وإن عتق فمن يعتق فأنهم اختلفوا فى ذلك الجمهور العلماء
 على أنه يعتق على الرجل بالقرابة الأداود وأصحابه فأنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربنى
 والذين قالوا بالعتق اختلفوا فى من لا يعتق بمن اتفقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال
 مالك يعتق على الرجل ثلاثة أحدهما أصوله وهم الآباء والأجداد والجداات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم
 وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة والثانى فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء
 فى ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو توسط ذكر أو أنثى
 والثالث الفروع المشاركة له فى أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا آب وأم وأولاد فقط أو لام فقط
 واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق منى الاخوة وأما الشافعى فقال مثل قول
 مالك فى العمودين الأعلى والأسفل وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فأوجب عتق
 كل ذى رحم محرم بالنسب كالم والعمة وإخالة وبنات الاخ ومن أشبههم بمن هو من الإنسان
 ذو محرم وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه
 السلام لا يجوزى ولد عن والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه شربه مسلم وأبو داود وغيرهم

قال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وان لم يسلم يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية
للفهم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على
صحته ملكه ولو كان ما قالوا لكان اللفظ الا ان يشتره فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة
عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرّم فهو حر وكان هذا الحديث
لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الاناء والآباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتقد
الحديث المتقدم فقط وقاس الأبناء على الآباء وقدرت المالكية أن تحتج لذهبها بان البنوة صفة هي
ضد العبودية وانه ليس تجتمع معها لقوله تعالى (وما يفتني للرجن أن يتخذولدا ان كل من في السموات
والأرض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية
معقولة وسوة معقولة والعبودية التي بين المخولفين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع
لا بحال للعلة كما يقولون فيها عندئذ وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوي الابوة
في جنس الوجود أوفى نوعه أعنى ان الموجودين الذين أحدهما أب والآخرون هم متقاربان جدا
حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه
سببها في جنس قريب ولا بعيد بل التغاوت بينهما غاية التغاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي
ههنا شيء نسبته اليه نسبة الأب الى الابن بل ان كان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب اليه
سقيقة الأمر من نسبة الابن الى الأب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد
الذي بين الأب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد
تباعدا من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيها في الشرف والخسة ضرب المثل بها أعنى نسبة العبد للسيد
ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرافة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على
ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير
اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسباع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن
عتق عبده في مرضه أو بضمونه ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجاعة
اذا عتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بضمونه وكذلك
الحكم في الوصية بعتقهم وثالثاً شهب وأصبح مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا انما القرعة
في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو تحكم للمدبر ولا خلاف في منهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة
اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق
المبطل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من
عولاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو منهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا
كانوا ستة أعبد مثلاً عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا
بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة أكلانا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان
وان كانوا ثمانية عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين
ان رجلاً عتق ستة مملوكين عندهم ولم يكن له مال غيرهم فنارسل الله صلى الله عليه وسلم بجزأه

أثلاثاً ثم أفرغ بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة خروجه البخارى ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الأحاد إذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر وعدمتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً فلو كان لمال لنفق باجتماع فأذا لم يكن لمال وجب ان ينفق لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الأصل ليس ينأ من قواعد الشرع في هذا للوضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد أزم الشرع ببعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الأصل وهو تبعض العتق فلذلك كان الاولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المقتى في كل واحد منهم هو حقه فوجب ان يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حتى الناس واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصعابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحق وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة واجتمع حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبداً فماله الا ان يشترط السيد ماله وأما ألفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار أما الألفاظ الصريحة فهو ان يقول أنت حر أو أنت عتيت وما تصرف من هذه فهذه الألفاظ تزم للسيد باجتماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبد لا مبيل لى عليك أو لا مالك لى عليك فهذه بنوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور وبما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبد يا بنى أو لامته يا بنى أو قال يا بنى أو يا بنى فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذزفر فقال لو قال السيد لعبد هذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة والسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبد ما أنت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الأكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الأول فقيل بعثتان عليه جميعاً وقيل بنوى واقفوا على ان من أعتق مائى بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى مائى بطنها فقالت طائفة لا تستنأه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعنى قول القائل لعبد أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط للمالك فقال مالك يقع وقال الشافعى وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم بإيه اليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بإيمان الطلاق وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الأب عربياً ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعى والشافعى واقفوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معاومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان يعتك
فان حر فزال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه بعتق عليه أعني من مال
البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب
كثيرة وفي هذا كفاية

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم سلماً ﴾
﴿ كتاب الكفاية ﴾

والنظر الكلى في الكفاية بنحصر في أركانها وشروطها وأحكامها أما الأركان فثلاثة العقد وسروطه
وصفته والعاقد والمعتقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس
من هذه الأجناس ﴿ العول في مسائل العقد ﴾

فن مسائل هذا الجنس المشهورة في عقد الكفاية حل هو واجب أو مندوب اليه وقال فقهاء
الأمصار انه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكتبوه من علمتم
فيهم خيراً) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فانهم يارأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق
مملوكه جلاوا هذه الآية على التنب لثلاث تكون معارضة لهذا الأصل وأيضاً فانه لا يمكن للعبد ان يحكمه
على سيده بالبيع له وهو خروج رفته عن ملكه بعوض فحرقى ان لا يحكم له عليه بخروجه عن غير
عوض هو مالكة وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد
من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يتناسبه
العبد فاركان هذا العقد الثمن والمفون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا
على أنه يجوز اذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهاماً فقال
أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفه بالبيوع ويكون له الوسط من العبد
وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهة بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد
مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الفرار ليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد
وسيده من جنس الرأب ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين
في الدين وضع وتبطل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعاً وعمدة من أجاز له أنه ليس
بين السيد وعبد ربالانه وماله وانما الكفاية سنة على حدتها وأما الأجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز
أن تكون مؤجلة واختلفوا هل هي تجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود
عند العبد وهي التي يسمونها قطعة لا كفاية وأما الكفاية فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده
بمال يتناسبه فوضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال ليس هو بيده فقال
الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخرو أصحاب مالك قد لزمت الكفاية للسيد
ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قدأوجب
لعبد الكفاية الا انه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط
القاسد يعود بطلان أصله بل العقد كمن باع جارية واشترط أن لا ياطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر

أدى الى عجزه وذلك ضلصقصود الكتابة وحاصل قول الملكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه إذا اشترط فيها ضلصهذا الركن بطل السطر وصح العقد وانفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده قد كاتبك على ألف درهم فإذا أدتها فانت حر أنه إذا أداها حر واختلفوا إذا قال له قد كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حراً دون ألف بقوله فإذا أدتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لأن اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فمين قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما إن قال أنت حر على أن عليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغيره من الغرماء وقيل العبد باختياره أن اختار الحرية لزمه المال وفقدت الحرية والابقي عبداً وقيل إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى والقولان لابن القاسم ويجوز الكتابة عند مالك على عمل محبوس ويجوز عنده الكتابة المطلقة ويردان الى كتابة مثله كالحال في النكاح ويجوز الكتابة عنده على فية العبد أعني كتابة مثله في الزمان والعين ومن هنا قيل أنه يجوز عنده الكتابة الحلية واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أن يجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى (وأتوهم من مال الله الذي آتاكم) وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب وعلى الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في الفتر الواجب فقال بعضهم ما يطلق عليه اسم شيء وبعضهم حدهم وأما المكاتب ففيه مسائل احداً هل يجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد وهل يجوز كتابة من يملك في العبد بعض بغير إذن سيده وهل يجوز كتابة من لا يقرر على السبي وهل يجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق السوي على السبي الذي لم يبلغ الحلم فأجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعي والابن القاسم وعن مالك القولان جميعاً فعدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب وإن العصود من ذلك أنعم هو العوة على السبي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فإن العلماء اختلفوا في ذلك ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم جلاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم فيما يضاخلاف فأما هل يجوز الجمع فإن الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم جلاء عن بعض فإن فيه من أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعني جلاء بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالسطر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك إلا بالشرط ولا يخلط العقد ويعتق كل واحد منهم إذا أدى فخرصته ومدة من منع السكره ما في ذلك من الفرر لأن فخر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك مجبول وعمدة من أجاز له أن الفرر ليس به يستغنى في الكتابة لأنه بين السيد وعبده والعبد وماله السيد وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعي أن جلاء بعضهم عن بعض

لا فرق منها وبين حالة الاجنبيين فمن رأى أن حالة الاجنبيين في الكتابة لا يجوز قال لا يجوز في هذا
الموضع وإنما منعوا حالة الكتابة لأنه إذا تجزى للكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كأنه ليس
بطهر في حالة العبد بعضهم عن بعض وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يجوز من
يقدر على السعي بجزم من لا يقدر عليه فهو غرض خاص بالكتابة الآن يقال أيضاً إن الجمع يكون سبباً
لأن يخرج حراماً من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي
كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبو حنيفة فشبها بحالة الاجنبي مع الاجنبي في الحقوق
التي يجوز فيها الحالة فالزمها بالشرط ولم يأنزها بغير شرط وهو مع هذا أيضاً لا يجوز حالة الكتابة وأما العبد
بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه فقال بعضهم ليس له
ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل
نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وقررت فرقة فعلت يجوز بأذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه
وبالقول الأول قال مالك وبالثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوايه
وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لآذى الحماة يعتق العبد كله بالتقويم على الذي
كاتب حظه منه وذلك لا يجوز إلا في تبويض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه
إذا أدى الكتابة إذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا واحتجاج بأصل لا يوافق عليه الخصم لكن
ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافق عليه الخصم وأما اشتراط الإذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية
أداء المال للكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه
الشريك الثاني نصيبه ويرجع الباقي على العبد فيسئله فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد
عن الأصول وأما هل يجوز مكاتبته من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن من شرط المكاتب
أن يكون قوياً على السعي لقوله تعالى (أن علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما للخير الذي اشترطه
الله في المكاتبين في قوله أن علمتم فيهم خيراً فقال الشافعي لاكتسابه والإمامة وقال بعضهم المال والإمامة
وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفته غفافة السؤال وأجاز ذلك
بعضهم لحديث بريرة أنها كتبت على أن تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الأمة التي لا اكتساب لها
بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الرأى وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأم الولد
أذليل له عند مالك أن يستخلصها عز القول في المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم
واختلفوا هل للكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيقا في هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز
مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا يجوز كتابة
من أحاط الدين بماله الآن يجيز الغرامة ذلك إذا كان في عمن كاتبته أن يبعث (٧) مثل عمن رقبته وأما كتابة
المريض فأنها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء
وقد قيل إن جازي كان كذلك وإن لم يجاب سعى فإن أدى وهو في المرض عتق ويجوز عنده كتابة النصراني

(٧) هكذا ببعض النسخ وفي بعضها اسقاط لفظ أن يبعث وله هو الصواب تأمل اه مصححه

المسلم ويباع عليه كإيبيع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكاتب وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعقق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعقق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة بمن لا يدخل وتعيين ما بقي عليه من حجر الرق عالم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة

الجنس الأول

فأما من يخرج من الرق فأنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد مابقي عليه من كتابته شيء وأنه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول التي عليه الجمهور أقوال أربعة أحدها أن المكاتب يعقق بنفس الكتابة والثاني أنه يعقق منه بقدر ما أدى والثالث أنه يعقق ان أدى النصف فأكثر والرابع أن أدى الثلث والافهوعبد وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا معبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشرة أوقية فهو عبيد ويا معبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة فهو عبيد وعمدة من رأى أنه يعقق بنفسه عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بلال كالأوقاس من اشتراه منه الى أجل وقدمات وعمدة من رأى أنه يعقق منه بقدر ما أدى ماروا بهي ابن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما رقى منه دية عبد خروجه النسائي واختلف فيه من قبل عكرمة كإنا الخلاف في أحاديث عمرو ابن شعيب من قبل أنه روى من محيفة وهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر ابن الخطاب أنه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وإن لم تكن صحة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم أنه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديما في باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذي اعقده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لاشك فيها روى ذلك مالك في موطنه وأما فهو أحوط لأموال السادات ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا أقبل المشتري

الجنس الثاني

وأما من يرق فأنهم اتفقوا على أنه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قسمنا اختلافهم واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد (٧) وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أي بين العبد والسيد وبحصيل منهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يتخلوان بتفقا على

(٧) هكذا بالنسخ والمشهور من منهب الشافعي عكس ما قوله ويرى بادل لما يأتي من الاستدلال تأمل

التجهيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فلما أن يريد السيد التجهيز ويأباه العبد أو بالعكس أعني ان يريد السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التجهيز فلما اذا اتفقا على التجهيز فلا يخلو الأمر من قسمين أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التجهيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والآخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التجهيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال وكانت له قوة على السعي وأما ان أراد السيد التجهيز وأباه العبد فانه لا يجزئه عنده الا بحكم الحاكم ذلك بعد ان ثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قوة على الأداء ورجع الى عمد أدلتهم في أصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعي ما روى ان ريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني أريد أن تشتريني وتعتقني فقالت لها ان أراد اهلك بغات أهلها فباعوها وهي مكاتبه خرجته البخاري وعمدة المالكية تسببهم الكتابة بالعقود اللازمة ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون حكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون الزوم فيها أو الخيار مستويا في الطرفين وأما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخرج عن الأصول وعلاو حديث ريرة بان الذي باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتهما والحنفية تقول لما كان المقلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعرض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له أن يسترجع الصداق

الجنس الثالث

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدي الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من الكتابة شيئا انه يرقى واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده حكمه فان تركه مالا فيه وقام للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقول على بن عيسى حتى يجهزوا ويعتقوا وان لم يكن عندهم مال ولا قوة على السعي رفقوا وأنه ان فضل عن الكتابة نبي من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وأنه ليس يرثه الاولاد الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله للسيدة وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها ونسبة حصة الأب عنهم وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر الفجعة وهو قول الشافعي وقيل باليمن وقيل حصته على مقدار الرأس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لأن من ولده أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة مالك أن للمكاتبين كتابة واحدة بعضهم حلاء عن بعض ولقد كان من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ما ذا يموت عليه المكاتب فعند مالك أنه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة أنه يموت حراً وعند الشافعي أنه يموت عبداً وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات

المكاتب فليس حراً بعد لان حرته انما تجب بأداء كاتبه وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انما مات عبداً لأنه لا يصح أن يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلته بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورثاً ولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكمه بحكم الاررار والمسئلة في حد الاجتهاد وبما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذ مات المكاتب وترك بنين لا يمترون على السعي وأرادت الأم ان تسمى عليهم فقال مالك لهذا وقال الشافعي والكوفيون ليس لهذا ذلك وعندهم ان أم الولد اذ مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي ليس بها صاورة اليها والى بنينا ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعي وترك أم ولد لا تستطيع السعي انها تبيع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذ مات المكاتب وترك بنين ووفاء كاتبه هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والارقت وقال أشهب تعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كاتبه كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولداً وفي الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولداً ومنه ابن القاسم كانه استحسن

✽ الجنس الرابع ✽

وهو النظر فيما يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لأنه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ما ولده في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يبقعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك

✽ الجنس الخامس ✽

وهو النظر فيما يجبر فيه على المكاتب مما لا يجبر وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهاها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع عنها انه اذا لم يعلم السيد بهيته أو بعته لا بعد أداء كاتبه فقال مالك وسجاعة من العلماء ان ذلك مافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان قاسداً وعمدة من أجازة ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يجزى العبد وسبب اختلافهم هل انث السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط محنته فمن قال من شرط الصعته لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لأنه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كالأذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا أذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة

و بالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان ملت المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق للمكاتب كان ولاءه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاءه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسن ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير إذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا بإذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فأباحه جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجاز ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجلة فالعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب ان يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر الا بإذن سيده وبه قال مالك والثالث ان يطلق عقد الكتابة له أن يسافر الآن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبده فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحابة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان أحدهما اثبت الكتابة والآخرا بطلانها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود بالمباحة من البيع والنسأ وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحر واقفوا على أنه لا يجوز للسيد اقتراح شيء من ماله ولا الاتفاق منه بشئ واختلفوا في وطء السيد أمته للمكاتبه فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود ومعه بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل أت فاشبه النكاح الى أجل وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالبدرة وأجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلاف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لأنه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في إيجاب الصداق لها والعلماء فيها على انه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يبيع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتره وقال بعضهم يبعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبه وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد وقدا أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازهما مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبهه ببيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الفرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أعنى في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بمرض

مجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين وإن كانت الكتابة بعرض كان شرأؤها بذهباً وفضة
مجلين أو بعرض مخالف وإذا أعتق فولاؤه للكتاب لا للشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل السيد
أن يجبر عبده على الكتابة أم لا * وأما شروط الكتابة فيها شرعية هي من شروط صحة العقد
وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد
ومنها ما إذا تمسك بها ففسدت العقد وإذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط
جائزة لازمة وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وإنما هو كتاب
أصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد
والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه بالجملة ليس يختلف
الفقهاء فيها وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيها ومنها شرط من شروط الصحة أو ليس منها
وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً ثلثاً من الشروط
وهي الشروط التي إن تمسك بها المشرط فسد العقد وإن لم تمسك به جاز وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر
العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر
أو نحوه وقوى على أداء مجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجاعة ذلك الشرط
باطل ويعتق إذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال رياً في ذلك الشرط
وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعتق رقيق الأمانة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة
بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمته تلك
السنين ولذلك القياس قول من قال أن الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا
الكتاب وهن مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب آخر وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب
ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ولذلك كان
الأولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم إذا تزوج السيد بته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته
البنت فقال مالك والشافعي ينسخ النكاح لأنها ملكت جزأ منه وملك بين المرأة محرم عليها بإجماع
وقال أبو حنيفة يصح النكاح لأن التي ورثت أمها هو مال في ذمة المكاتب لارقية المكاتب وهذه المسئلة
هي أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات للمكاتب وعليه دين وبعض الكتابة
هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى وجاعة يضرب
السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يفرق ما يسيده هل يتعدى ذلك إلى رقبته
فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة لا سبيل لهم إلى رقبته وقال الثوري وأحمد يأخذونه إلا أن يشتكه السيد
واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنائيات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده
الغرماء أم لا يحاص هو من كتب التفتيس والقول في جنائيه هو من باب الجنائيات ومن مسائل الاقضية
التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب
في مال الكتابة فقال مالك وأبو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان
ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي حضرناها الآن في الذكر

هو ما ذكرناه ومن وقعته من هذا الباب مسائل مشهورة اختلف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع اختلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ماهرة انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والخلاف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي اختلف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للجهل مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر اختلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها من ذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل أعني ان يكون الجواب فيها على من ذهب فقيه من فقهاء الامصار أعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فأما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يقتضي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نرود ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامع الاصول ومساكلة المشهورة التي تجري في مذهب مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاب فيها لم يكن عنده فيها قول مالك على تخليص ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جيل عليه الناس من الانباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد ان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه ما يكفي في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب (بداية المجتهد وكفاية المقتصد)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب التديبر ﴾

والنظر في التديبر في أركانه وفي أحكامه أما الاركان فهي أربعة المعنى واللفظ والمدير والمدبر وأما الاحكام فصنفان أحكام العقد وأحكام المدير (الركن الاول) فنقول اجمع المسلمون على جواز التديبر وهو ان يقول السيد لصيده أنت حر عن درمي أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذا انما عندهم لفظا للتديبر باتفاق والناس في التديبر والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التديبر والوصية بأن جعل التديبر لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التديبر أعني اذا قال أنت حر بعسمي فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعسمي فالظاهر انه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الآن يريد التديبر وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التديبر وليس له أن يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول ابو حنيفة قال أشهب قال الا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مرضا وما شابه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتديبر وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التديبر وأما على مذهب

من يفرق فهو امام من كايات التدبير واماليس من كاياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كاياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كاياته وأما المدبر فانهم اتفقوا على ان الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك والذي لم يدبر حظه خيار ان أحدهما أن يتقاومانه فان اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير واخيار الثاني أن يقوم عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استسك بحسنة وان شاء استسعى العبد في قبة الحصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نفسه أو تملكه على ما هو عليه فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لان المال قصار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الاحكام لا من الاركان اعنى أحكام المدبر فثبتت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا وان من شرطه أن لا يكون من أحاط الدين بحاله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير السفية فهذه هي أركان هذا الباب وأما أحكامه فأصولها راجعة الى أجناس خمسة أحدها مماذا يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث والثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعنى ما دام مدبرا والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه والخامس في أحكام تبعض التدبير

﴿ الجنس الأول ﴾

فأما مماذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فن رأى ان من الثلث شبهه بالوصية لأنه حكم يقع بعد الموت وقدرى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث الا انه أترضعف عند أهل الحديث لأنه رواه علي بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلي بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رأى من رأس المال شبهه بالشيء يخرج به الانسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة واختلف القائلون بان من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما في محنته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاما آخر فضايق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لأنه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبطل لأنه لا يجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا

﴿ وأما الجنس الثاني ﴾

فأشهر مسئلة في معنى هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي وأجرو أهل الظاهر وأبو ثور لأن يرجع في بيع مدبره وقال الاوزاعي لا يبيع الا من رجل يرد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء عتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجل بيعه ماثب من حديث جابر أن النبي

صلى الله عليه وسلم باع مديرا ورعا مشهورا بالصوة وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) لأنه عتق إلى أجل فأشبهه أم الولد أو أشبهه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص والعموم للخصوص ولا خلاف بينهم أن المديرا أحكامه في حدوده وطلاقة وشهادته وسائر أحكامه العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز طء المدبرة لجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الأوزاعي كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالعتقة إلى أجل ومن منع وطء العتقة إلى أجل شبهها بالنكحة إلى أجل وهي المتعة واتفقوا على أن للسيد في المدبرة الخدمة ولسيدته أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الآن يمرض مرضا غفيرا فيكره له ذلك

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فإن من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا فقال الجمهور ولها بعد تدبيرها بمنزلة يعتقون بعقدها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عندنا محله أنهم لا يعتقون بعقدها وأجمعوا على أنه إذا اعتقها سيده في حياته أنهم يعتقون بعقدها وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج أيضا بأجاعتهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمه ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكاتب وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول وتحصيل من ذهب مالك في هذا أن كل امرأة فولدها تبغ لها أن كانت حرة فحر وإن كانت مكاتب فمكاتب وإن كانت مديرة فمديرة وأعتقه إلى أجل فعتق إلى أجل وكذلك أم الولد ولها بمنزلة خاتمة في ذلك أهل الظاهر وكذلك للعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل واحد ممن تزوج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما ينهم من العقود المفضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمته زوجها عرنى وأجمعوا على أن كل ولد من مالك يمين أنه تابع لأبيه إن حرا فحرا وإن عبدا فعبدا وإن مكاتب فمكاتب واختلفوا في المدبرة إذا تسرى فولده فقال مالك حكمه حكم الابن يعني أنه مديرة وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للابن أعدا المدبرة وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع وعمدة الشافعية أن ولد المدبرة مال من ماله ومال المدبرة للسيد اقتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فحين دبر حظله في عبده دون أن يدبر بشره وتقله إلى هذا الموضع أولى فليقل إليه وأما من دبر جزأ من عبده هوله كله فإنه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي والدين يبطله وقال أبو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرا للقيمة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في التصرف في

يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تديره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المذبر مالم يكن عليه دين يحيط بجماله وقال الكوفيون اذا أسلم مذبذبة النصراني قوم موسى العبد في قيمته ومذبذبة الصحة يقيم عند مالك على مذبذبة المرض اذا ضاق الثلث عنهما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب أمهات الأولاد ﴾

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وان كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد وما يبيح فيها السيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة (أما المسئلة الأولى) فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالتاب عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذ مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجهور فقهاء الأمصار وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري يبيعون أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار وقال جابر وأبو سعيد كما يبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال كما يبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن وبما اعتقد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقتبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من يشكر القياس وربما احتج الجمهور عايمهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقالة السعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون أن الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حلها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الآن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا وبما اعتقده الجمهور في هذا الباب من الأثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم أعتقها وولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إيا امرأة ولدت من سيدها فانه حرة اذ مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد رجعت لها حرة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضها منها وحكموا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبيعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماهن هو أمائى تكون أم وولدها فأنفقوا على أنها تكون أم ولد اذ ملكها قبل حلها منه واختلفوا اذ ملكها وهي حامل منه أو بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون أم ولد اذ ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة لا تكون أم ولد واختلف قول مالك اذ ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد في جميع الأحوال اذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقتل عليه الصلاة والسلام بعثت لأعمى مكارم الأخلاق وأما بماذا تكون أم ولد

فان مال كاتال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقه وقال الشافعي لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الغلبة والنخيط واختلاف فهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود وأما ما سبق فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدها وديتها وأرض جراحها كالأمة وجمهور من منع بيعها ليس برون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الاماروى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت وقت واحد قول مالك والشافعي هل ليسبها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبها بالبيع لم يملك اجارتها الا أنه يرى ان اجارة بينهما من غير مجازة لأن حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها فسبب الخلاف تردد اجارتهما بين أصاين أحدهما وطؤها والثاني يبيعها فيجب أن يرجع أقوى الأصلين شها وأما حتى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقيل سها على المبرضعيف على قول من يقول ان المبرر يعتق من الثلث
بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجنائيات

والجنائيات التي لها حدود مشروعة أربع جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنائيات على الترويج وهو المسمى زنا وسفاما وجنائيات على الأموال وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حوبة اذا كان بغير تآويل وان كان بتأويل سمي بغيما ومأخوذا على وجه المغافسة من حوز يسمى سرفه وما كان منها معلوم بته وقوة سلطان سمي غصبا وجنائيات على الأعراض وهو المسمى قنفا وجنائيات بالتعدى على استباحة ما حرمة الشرع من الماء كحول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدىء منها بالحدود التي في السماء فنقول ان الواجب في اطلاق النفوس والجوارح هو اما قصاص واما مال وهو الذي يسمى الدية فاذا النظر أولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح والنظر أيضا في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولا هذا الكتاب الى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الأول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلنبتدىء من القصاص في النفوس

كتاب القصاص في النفوس

والنظر أولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أعني الموجب للقصاص والى النظر في الواجب أعني القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلنبتدىء أولا بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقتال التي يجب بمجموعها والمتول الذصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا أى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محبود وبقتل محبود ومقتول محبود اذا كان

المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فليبدأ من النظر في القاتل ثم في المقتول

في القول في شروط القاتل

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشرًا غير مشارك له فيه غيره واختافوا في المكره والمكره وبالجملة الأمر والمباشر فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الأمر ويعاقب الأمر وقات طائفة يقتلن جميعاً وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للأمر على المأمور وأما اذا كان للأمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الأمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المأمور دون الأمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلن جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الاكراه في اسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار وبشبه من جهة المضطر فالمطلوب مثل الذي يسقط من علو والذي تحمله الرمح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعثر المأمور بالاكراه ولا الأمر بعلم المباشرة ومن رأى قتل الأمر فقط شبه الماء ورب الآلة التي لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتقد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتقدت المالكية في قتل المكره على القاتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انساناً فياً كماه وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل فقد يكون القاتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك في القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو سحر وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية الا أن مالكاً يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالوا في الحر والعبد يقتلن العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلن جميعاً وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون اقامة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك بمن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر الى المصلحة التي تقتضي التخليط لحوطة السماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس وهو ما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على أن القتل صنفان عمداً وخطأً واختافوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك نفيه الا في الابن مع أبيه وقد قيل انه بنخرج عنه في ذلك رواية أخرى وبأنه قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان بن زيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمفرد ولا خلاف لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيها هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التي بها يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل معدا الحديد

من القضب والنار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولسعنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصد وعمدة من أثبت الوسطا ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بألة تقتل غالبا كان حكمه حكم الغالب أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بألة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لا في حق الأمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجريدته مغلفة مائة من الابل منها أربعون في بطونهم وألادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيأخذ كرام أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجوه فهذا النوع من القتل عندهم لا يثبت يجب به القصاص وعند من أثبتت بحجبه البية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه القضب والناثرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمدا على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أيسح له الأدب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثة والواحد والكثير واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة اذا لم يجمع أفعال الحر اذا قتل العبد عمدا فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عذب نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطأ المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون متكافؤا دماؤهم ويسى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فسيب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطأ ومن فرق فضعف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الأقص بالأعلى ومن ألجأ أيضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا لما كان قتله محرما قتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر وأما قتل المؤمن بالكافر الذي اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجاعة وقال قوم يقتله به ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيضجعه ويحاصه على ماله فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث علي انه سأله قيس بن عباد والأشتر هل عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون متكافؤا دماؤهم ويسى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدنا

أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرج أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي آمن وأما أصحاب أبي حنيفة فاعقدوا في ذلك آثارا منها حديث بروير ربيعة ابن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفي بعهدته ورووا ذلك عن عمر قالوا هذا يخص لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أي أنه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني ومار وامن ذلك عن عمر وامامن طريق القياس فانهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال النبي قالوا فإذا كانت حرمة ماله حكرمة مال المسلم غرمة دمه حكرمة دمه فبسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس ولما قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا لا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى أنه قال لو عملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عن حمزة الطائفة لا تقطع أي يد أعني اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الأيدي باليد وهرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الأتقن بالنفس ولا تقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الأعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب) وإذا كان ذلك كذلك فالزم قتل الجماعة بالواحد لتدفع الناس الى القتل بأن يعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للتعرض أن يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد فأما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على انهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) وأما قتل الذكر بالأنثى فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه إجماع الاما حكي عن علي من الصحابة وعن عثمان النبي أنه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكا الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدسخه ان هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهي مسألة محتلف فيها أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفو من هذا الباب في الأب والابن فقال مالك لا يقاد الأب بالابن الا أن يضجعه في ذبحه فأما ان حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيدة وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيدة اذا قتله باى وجه كان من أوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبي عليه

الصلاة والسلام قال لا تقام الحنود في المساجد ولا يقاد بالولد والوالدة وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين وسبب اختلافهم ما روه عن يحيى بن سعيد عن عمر بن شعيب أن رجلا من بني مدنج يقال له قتادة حذف ابنه له بالسيف فأصاب ساقه فترى جرحه فأت قدمه سراقه بن جعسم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جعقة وأربعين خلفة ثم قال بن أخو المقتول فقال لها أناذ قال خلفها فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فإن مال الكاحل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محصا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب وأما الجمهور فحمله على ظاهره من أنه عمد لأجاعتهم إن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرأى لما للاب من السلط على تأديب ابنه ومن المحبة له أن يحل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ولم يهجمه إذا كان ليس بقتل غيلة قائما بحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة إذ كانت النيات لا يطاع عليها إلا الله تعالى فخالف لم يهجم الأب حيث اتهم الأجنبي لقوة المحبة التي بين الأب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الأب لكان حقه على الابن والذي يحمي على أصول أهل الظاهر أن يقاد فذهاهو القول في الموجب

﴿ وأما القول في الموجب ﴾

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للقصاص منه أم لا ثبت الدية الا بتراضي الفريقين أعنى لولى والقاتل وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا أو العفو فقال مالك لا يجب لولى الآن يقتص أو يعفو عن غيردية الآن يرضى بأعطاء الدية القاتل وفي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجاعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور ودادود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره لى الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الآن المشهور عنه هي الرواية الأولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كاتب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو عما حدثتان متفق على محتهما لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص والثاني نص في أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك فإن كان الجمع واجبا ومكافا فالصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح وأيضا فإن الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يقديها أصله إذا وجد الطعام في خمسة بقعة مثله وعنده ما يشتريه أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويلزم على هذه الرواية إذا كان المقتول أولياء صفار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصفار فيكون لهم الخيار ولا سيما إذا كان الصفار يحجبون الكبار مثل البنين مع الأخوة قال القاضي وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى وجه الله فافى أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فأفنى هورجه الله بانتظاره على القياس

فشنع أهل زمانه ذلك عليهم كما تواعليه من شدة التقايد حتى اضطر ان يضع في ذلك قولاً يقتصر فيه لهذا المنهج وهو موجود بأيدى الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين أحدهما فيمن له العفو عن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجثة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصابة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالنون ففعا أحدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاختلاف فقال مالك ليس للبنات ولا الاختلاف قول مع البنين والاختلاف في القصاص أوضده ولا يعتبر قول من مع الرجال وكذلك الأمر في الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية وفي الأخنبة قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الأول ان الولاية انما هي للذكران دون الانثى واختلف العلماء في المقتول عمدا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية فقال قوم إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وعن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا أحد قولى الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو وعن قاله أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن التمتع الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فتاب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق باختيار من اتى أقيم مقامه بعمومته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن صدق به فهو كفارة له أن المراد بالتصدق هنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياهم وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار ان عفو من ذلك في ثلثة الآن يميزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله وعن قال به طائفة والحسن وعمدة الجمهور انه واهب ماله بعمومته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان لأن يعفو عن القصاص فهو أخرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب النيات واختلف العلماء إذا عفا المجرم وح عن الجراحات فأت منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لم ذلك الآن. قول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال أبو يوسف ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلاحق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا بينهم من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان عفو عن الدم لا يسقط حق الولي فأحرى أن لا يسقط عفو عن الجرح واختلفوا في القاتل عمدا يعني عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقل

مالك واللبث انه يجاد مائة وسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأجد واسحق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشرف فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الأولى الا أن تضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التعبد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك

﴿ القول في القصاص ﴾

والنظر في القصاص هو في صفة الفصاص وعمن يكون ومتى يكون فاما صفة الفصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فن قتل نفرا يقتل نفرا ومن قتل بضرب بحجر يقتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أرواح واختلف أصحاب مالك فمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لما لك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بآى وجه قتلهم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهود يارنخ وأمس امرأة بصخر فرفضه النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بصخر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) والقصاص يقتضي المماثلة وأما من يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولي الدم وقد قيل انه لا يمكن منه مكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم يكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع جملها واختلفوا في القاتل بالسهم والجهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتص منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يشعر من سمه كل كتاب القصاص في النفس

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولا يبدأ بمافي القصاص والنظر أيضا هاهنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجروح وفي الحكم الواجب الذي هو الفصاص وفي بدله ان كان له بدل

﴿ القول في الجراح ﴾

ويشترط في الجراح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغ العقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بخلاف وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقص منه اذا كان بمافي القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فعال أهل الظاهر لا تنقطع يدان في يد وقال مالك والشافعي قطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم الا نفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تنقطع أعضاء بعض وتقتل أنفس بنفس وعنهم ان الاطراف تتبع بعض وازهاق النفس لا يبعث واختلف في الانبثاق فقال الشافعي هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه

في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والأصل في هذا كله حديث نبى قريظة أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضة يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة

﴿ القول في المجرع ﴾

وأما المجرع فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجرح والذى يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحرة فأنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر العبد ويقتص من الحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن العلماء فهم ثلاثة أقوال أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجاعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لافي النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجاعة والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفرق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبد القوم قراء قطع أذن عبد القوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

﴿ القول في الجرح ﴾

وأما الجرح فإنه يشترط فيه ان يكون على وجه العمدة أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون بتلف جارحة من جوارح المجرع أو لا يتلف فإن كان بماتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه القصد بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه الأدب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع في القتل الذى يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما يقتل غالباً فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثل لا يقتل وهو شاذ ومنه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو لا بدية ان كان الجرح مما فيه البنية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجرع فن شرط القصاص فيه العمدة أيضاً بخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بما آلة تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجه السائر فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بطمعة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقا عينيه قالتى عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه البنية مغالطة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الأب مع انه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لافي الجرح وأما ان جرحه قائم عضو أو على وجه اللعب ففيه قولان أحدهما وجوب القصاص والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل البنية مغالطة وقيل بنية خطأ أعنى فيا فيه بنية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه

الخلافاً وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما يمكن القصاص فيمنها وفيما وجب منه على القصاص ولم يخش منه تلف النفس وأما ما رواه هذا المروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأومة والمنقلة والجاثا فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متاف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدور والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة مرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ومنع القصاص أيضاً عن مالك عدم المثل مثل ان يفقأ أعشى عين بصير واختلفوا من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيم عينه فله القود واختلفوا اذا عفان عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ثم دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالفول الآخر قال الغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح التي فقتت عينه الا القود أو ما اصطلاح عليه وقد قيل لا يستقيم من الأعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقأها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين في واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ولازم حامل هذا القول أن لا يستقيم ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأسرله فتأمل فانه يبين نفسه والسمع وأماهل المجرع بخبرين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلح على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قول مالك في الأعور يفقأ عين الصحيح ان الصحيح بخبرين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية أو ثم دينار وخمسائة على الاختلاف في ذلك (وأما ما يستفاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستفاد من جرح الا بعد ان يمسك الشافعي على الفور قال الشافعي يمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤثر اليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اكلان النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور ودาวد وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البني يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود وعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يهاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخذ ذلك مخافة ان يموت المقتص وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمدي الجنائيات على النفس وفي الجنائيات على أعضاء البدن وينبغي ان نصير الى حكم الخطأ في ذلك وينبغي بحكم الخطأ في النفس

﴿ كتاب الديات في النفوس ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان

يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف السماء وبحسب اختلاف الدين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب العمدة اذ ارضى بها اما الفرقان وامام له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعنى في أى قتل يجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذى يجب فيه وعلى من يجب فاما في أى قتل يجب فانهم اتفقوا على انها يجب في قتل الخطأ وفي العمدة الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمدة الذى تكون حرمته المقتول فيه ناقصة عن حرمته القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنعما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيا فى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الرأب والساقى والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الأبل ما تملك الأبل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمدة اذا قبلت ودية شبه العمدة وهي عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المسبى بانه وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمدة ودية شبه العمدة وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمدة وليس عنده دية في العمدة وانما الواجب عنده في العمدة ما اصطلاحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلامعنى لتسميته بادية الاماروى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمدة عنده أربع وخمسون وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جنة وهو قول ابن شهاب وريضة والدية المغلظة عنده اثنا ثلاثون حقة وثلاثون جنة وأربعون خلفه وهي الخواصل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المسبى بانه وعند الشافعى انها تكون في شبه العمدة اثنا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمدة اذا عفا ولئلا يتم اجساسا كدية الخطأ واختلفوا في اسنان الأبل في دية الخطأ فقال مالك والشافعى هي أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جنة وهو مروي عن ابن شهاب وريضة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أربعاً أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز والحدث في ذلك مسند فضل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكر وعشرون بنت لبون وعشرون جنة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيفة بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قالوا أحب الى في ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فدية ما تملك الأبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنى لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لأعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقروا ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء

وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء جعلوا خسا وعشرين جنعة وخسا وعشرين حقة وخسا وعشرين بنت لبون وخسا وعشرين بنت مخاض كما روى عن علي وخرجه أبو داود وأما صار الجهور إلى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جنعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض ذكر وإن كان لم يتفقوا على بني المخاض لانهما تذكر في إنسان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التريع في شبه العمد ان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول في دية العمد بالتثليث كما قروى ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقوالهم في الدية التي تكون من الأبل على أهل الأبل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثناعشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الاقيمة الأبل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائتين الأبل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية مارووا أيضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجامعهم على تقويم المثلث بها في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الأصل في الدية اتماهو مائة بغير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قبة الأبل من الذهب والورق في زمانه واجتله ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده انه قال كانت البيات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقلع خطيبا فقال ان الأبل قد غلت ففرضنا عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة أثنى شاة وعلى أهل الخيل مائتي حلة وترك دية أهل القمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس لما كان لا يلو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينارا بدلا لاجاعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة ثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة منفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الأبل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقيه السبعة المدنيون يوضع على أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حدث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ومأسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الأبل مائة بغير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بغير قال فان كان الذي أصابه من الاعراب فديته من الأبل لا يكتب الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائتين الأبل فصدلها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فصار وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقرة لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالحمل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من يجب وفيما يجب ومتى يجب أمانوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور والاحرار

المسلمين وأما على من يجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ يجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا يزمنولد له لا يجني عليك ولا يجني عليك وأما دية العمد فهم ورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا عاقلة له من الصحابة أنه قال لا يحمل العاقلة عmd ولا اعتراف ولا صلح في عmd وجهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعي فقال من ذهب يضرب الملو يقتل نفسه فعلى عاقلة الدية وكذلك عندهم في قطع الأعضاء وروى عن عمران رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقتله عمر بدنيها على عاقلة واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية للمغلطة على قولين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من يجب فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عmd الصبي في ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عmd وصبي والذين أوجبوا على العمد التصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما * وأما من يجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فخلة إلا أن يصطلح على التأجيل * وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب وهم العصبه دون أهل الديوان ويحمل الموال العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبه الا داود فانه لم ير الموال عصبه وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الفتي دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتقد الكوفيون حديث جابر بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وأما حلف كان في الجاهلية فلا يز يدع الاسلام الا قوة وبالجملة ففسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبه له ولا موال وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موال ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموال وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولده لمن أعنته عليه عقله وقال من جعل ولده للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان السائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والبيات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في قصاص الدية هي الانوثة والكفر والعبودية أمادية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا في ابدان النفس من الشجاج والأعضاء على ماسأى القول فيه في ديات الجروح والأعضاء وأمادية أهل الثمة اذا قتلوا خطأ فان للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن دينهم على النصف من دية المسلم ذكر انهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونسلوهم على النصف من نسلهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا

تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقلبه جماعة من التابعين والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الأول ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله) وتحرير رقة مؤمنة) ومن السنة مرواه معمر عن الزهري قال دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في ببت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وأبى النبي جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقضى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية قد كانت تامة لأهل التمة وأما إذا قتل العبد خطأ وعمداً على من لا يرى القصاص فيه ففعال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة وعبد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه اللبنة ولكن لا يبلغ به دية الحر نقص من شيئاً وعمدة الحنفية أن الرق حل نقص فوجب أن لا يزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً ولكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقتل والجرم والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه أعنى في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال فدانك فوجب فيه القيمة أصلها سائر الأموال واحتلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعي قياسه على الحر (وما يدخل في هذا الباب) من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من تجب ولين يجب وفي شروط الوجوب فأما الأجنة فأنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحر وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأة من هذيل رمت أحداً مما لاخرى فطرح جنينها فقضى في رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محسودة بالقيمة وهو من ذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحسوا في ذلك حداً أو لم يحسوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الطاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجراً ولا يجوز عند القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الأمة

وفي جنين الكآنية فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الأمة عشرة قية أمه ذكر كان أو أنثى يوم
يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والأنثى فقال قوم أن كان أنثى فيم عشرة قية أمه وإن كان ذكر فم عشرة
قيته لو كان حيا وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حيا أن فيه قيته
وقال أبو يوسف في جنين الأمة إذا سقط ميتا منها ما نقص من قية أمه وأما جنين التمنية فقال مالك
والشافعي وأبو حنيفة فيه عشرة دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذي دية المسلم والشافعي على
أصله في أن دية الذي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي
يجب فيه فأنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا يموت أمه من الضرب واختافوا
إذا ماتت أمه من الضرب فم سقط الجنين ميتا فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الفرة
وبه قال الليث وربيعة والزهرى واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا
أو ميتا فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح والبكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة
والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي
وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الفرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة
أو علقه بما يعلم أنه ولد ففيه الفرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تسدين الخلقة والابودان يعتبرنخ الروح
فيه أعني أن يكون يجب فيه الفرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجبت فيه وأما على من يجب فأنهم اختلفوا
في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي
على العاقلة وعن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم أنها جنانية خطأ فوجب على
العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة
الضارب وبدأ بزوجه وولدها وأما مالك فشبها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا وأما من يجب
فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنهما مودته وقال ربيعة والليث
هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعض من أعضائها ومن الواجب التي اختلفوا فيه في الجنين مع
وجوب الفرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس
فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد
والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا يجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت
الكفارة لا يجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه
الكفارة لم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد
فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر
بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح الجماء واعتقدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله
عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح الجماء جبار والبرجبار والمعدن
جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لأنهم رأوا
أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب
ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه إن لم يضل صاحب الدابة

بالدابة شيئاً يبعثها به على أن ترح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصاب يسيدها أو برجلها
 وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسواهما بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى
 الرحمة بالرجل أو بالذنب وبما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار
 ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده وأقول يل العلماء فيمن حفر بئراً فوقه فيه إنسان متفربة
 قال مالك إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدى في الحفر ضمن وقال الليث إن
 حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك
 اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وإن لم يفعل ضمن
 وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه
 كما لا يبرئه أن يركبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحاً واختلفوا في الفارسين يصطدمان فموت
 كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة
 وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه
 وفعل صاحبه وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك
 لأنه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية أنه ليس عليه شيء وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ولا خلاف
 أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد وقصور في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن
 أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من طبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية
 فيها أخطأ الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف أنه إذا لم يكن
 من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها
 في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فأوجبها مالك في قتل
 الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأخرى وعند مالك إن
 العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك
 وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيها وقال الشافعي تغلظ فيها في النفس وفي الجراح وروى عن
 الغاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه زاد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من
 قتل ذارحم محرماً عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه
 الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيها وعمدة الشافعي أن ذلك مروي عن
 عمر وعثمان وابن عباس وأذروى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته
 للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللقريب الثاني أن يقول أنه قد ينقح في ذلك
 قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الميود فيه

✽ كتاب الديت فيما دون النفس ✽

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا
 الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولين تجب فأما محل الوجوب
 فهي الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد

ثم الحارصة وهي التي تنشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم التلاجة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو انشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها اللطاة بالبد والتصر ثم الموخجة وهي التي توضع العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف وأسماها هذه الشجاج مختصة بمواقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بموقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما أحكامها أعني الواجب فيها فأتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموخجة ومادون الموخجة خطأ وانفقوا على أنه ليس في ماديون الموخجة خطأ عقل وإنما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الامروى عن عمرو بنان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموخجة وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت أنه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي التلاجة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا وذلك ان الأصل في الجراح الحكومة الا ما وقت فيه السنة حدا وما لك يعتبر في الزام الحكومة في ماديون الموخجة ان تبرأ على شين والغبر من فقهاء الأمصار يزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ماديون الموخجة فأما الموخجة بجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمر بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموخجة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموخجة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموخجة الا في جهة الرأس والجهة والتدين واللعن الأعلى ولا تكون في اللحي الأسفل لأنه في حكم العنق ولان الألف وأما الشافعي وأبو حنيفة قالوا موخجة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموخجة في الجنب وقال الأوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من دية الرأس والوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موخجة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء في موخجة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك مرة قال يقول سليمان بن يسار مرة قال لا يزداد فيها على عقلها شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شئت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبدا وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالفه من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هي المنقلة وشذ وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فأما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على ان لا يسأل فيها قود لمكان الخوف * وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة وأما الهاشمة في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أسرى ان يجيز ذلك من الهاشمة وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لان جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنقلت

في تجويفه خشكى ماله عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء
هي عضو كان ثلث دية ذلك العضو * وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذي اخذ به مالك
الآن القياس عنده في هذا لا يبرح وانما عنده في ذلك الاجتهاد من غير توفيق واما سعيد فانه فاس
ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موقعة الجسد واما الجراحات التي تقع في سائر الجسد
فليس في الخطأ منها الا الحكومة

✽ القول في ديات الأعضاء ✽

والأصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات
والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو
ابن حزم في العمول ان في النفس مائة من الابل وفي الاثم اذا استوعب جسد مائة من الابل وفي المأمومة
ثلث الدية وفي الجائفة مثاها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل أصبع
عما هناك عشرين من الابل وفي السن والموتعة خمس وكل هذا يجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها
على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكره هنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان
في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين
ان في السفلى ثلثي الدية لأنها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة
الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة لجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج
من الانسان الدية ما خلا الحاجبين ويؤدى الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي
وأبو حنيفة والثوري والليث اذا اصطلتا كان فيهما الدية ولم يشترطا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب
السمع الدية مفردة وأما مالك فله شهور عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم
يذهب ففيه حكومة وروى عن أبي بكر أنه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما
لا يضران السمع ويسترهما الشعر والعمامة وروى عن عمرو بن دينار عن ابيهم قضا في الاذن اذا اصطلت
نصف الدية وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية وأما الحاجبان ففيهما
عند مالك والشافعي حكومة وقال أبو حنيفة وفيهما الدية وكذلك في اشغار العين وليس عند مالك في ذلك
الحكومة وعمدة الحنفية ملو عن ابن مسعود أنه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما
بما أجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك أنه لا يجعل فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فلم يثبت
من قبل السماع فيه دية فالأصل ان فيه حكومة وأيضا فان الواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فصل
بين أعنى ضروري في الخلقة وأما الاجفان فقبل في كل جفن منها ربع الدية وبه قول الشافعي والكو في
لأنه لا يلقاه العين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي الاعليين الثلثان وأجمعوا
على ان من أصيب من أطرافه أكثر من دية ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأشفه فله ديتان
وأما الاثنيان فأجمعوا أيضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الامر وروى
عن سعيد بن المسيب أنه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الواجب يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية فهذه
مسائل الاعضاء المزوجة وأما المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبي

صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله أو قطع منه ما منع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمدا فخم من لم يرفيه فصاها وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عمدا القصاص وأما اللث فأجسوا على انه اذا أوعب جدها على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب النعم أو لم يذهب وعنده أنه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفي ذهب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العتین واخصى كما اختلفوا في لسان الأخرس وفي اليد السلاء فخنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر اخصى والعين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه حكومة وأقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان أحدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجاعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الأول ان العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أغنى عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية فبسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فعين ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ماروى من ذلك عن علي رضي الله عنه انه أمر بالتي أصيب بصره بان عصت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ثم أمر بعينه المصابة فصعبت وفنحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فأعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العلية والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا حتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وجل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تنفوا بما لا توقينا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد السلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن بأسوداها ثم في قلعهما بعد أسوداها دية واختلف العلماء في الأعور فقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب فله القود وإن عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال لمخيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه الا القود وأما اصطلاحوا عليه وعمدة من رأى جيب الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية مترك له وهي العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومنه عمر وعثمان وابن عمر ان عين الأعور اذا فقئت وجب فيها ألف دينار لانها في حقه في معنى العينين كليهما لا العين

الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه دينها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعني ان في العين الواحدة نصف
 البية وعمدة أبي حنيفة أن العدليس فيه دية محدودة وهذه للمسألة قد ذكرت في باب القود في الحراح
 وقال جمهور العلماء وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل أصبع عشرة
 من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وإن في كل أتملة ثلث العشر الامالة من الاصابع أتملتان كالا بهام
 ففي أتملته خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم
 على أهل الوريق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في البية من الوريق ففي عند من يرى انها اثنا عشر ألف
 درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل
 الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف البية وفي الوسطى بعشر
 فرائض وفي التي تليها تسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال في الابهام خمسة عشر من الابل
 وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي تليها ثمان وفي الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما
 عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن
 الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران
 وقال قتادة أربعة أبعرة وعمدة فقهاء الأمصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت
 فليس فيه الاحكومة وجمهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أسنان الفم خمسة من الابل وبه قال
 ابن عباس وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم وأما التي
 في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسة من الابل وقال سعيد بن المسيب في الأضراس بعيران وروى
 عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال تجعل مقدم الاسنان مثل الأضراس
 فقال ابن عباس لولم يعتبر بذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك ما ثبت عن النبي عليه الصلاة
 والسلام أنه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على
 التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالاصابع التي استوت دينها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف
 بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل البيت لتفاضل الأعضاء التي تثبت البية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع
 الصبر الأول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الأعضاء التي تثبت البية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع
 وقلع ما قلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والفرع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه إلى أن
 القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر
 وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر
 قال أبو عمر بن عبد البر ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس
 قال وقروى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع في غير الفخذ
 إلا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا
 على ان دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة

٢ تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاع والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل أعني دية أعضائها من أعضائه مثال ذلك ان في كل أصبع من أصابعها عشرة ا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث ابن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر ابن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموصحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قول ابن مسعود وهو مروي عن عثمان وبه قال شريح وجاعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الأشهر عنه هو ما ذكرناه أولاً وهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التحسك بهذا الأصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذا التماس في الميت لا يجوز وخاصة كون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قاله ريعة لسعيد ماياً في ذكره عنه ولا اعتماد لما نقله الأولى الامر اسيل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ريعة بن أبي عبد الرحمن كم في أربع من أصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراق أنت قلت بل عالم مثبت أو جاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شبيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لأنه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضغف اذا كان يمكن أن يترك القول به امالاً انه لا يرى القياس والامالاً انه عارضه في ذلك قياس ثان أو قل في ذلك غيره فهذه محال ديات جراح الاحرار والجنائيات على أعضائها الذكور منهم والانثى وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من دية فيكون في موصحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وقال أبو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الاموصحة ومنقلته وما مومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من دية وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكفول لا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيها ذلك فقال مالك وفتحاء المدينة السبعة وجاعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكلمة وقال الثوري وابن شبرمة الموصحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه اللبل ولا عمدة للفريق المتقدم الآن ذلك معمول به ومشهور وهذا يقتضي هذا الكتاب والجدلة حتى حده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب القسامة ﴾

(١٧) - (بداية المحتجب) - (ثاني)

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب (المسئلة الاولى)
هل يجب الحكم بالقسامة أم لا الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد السعوى
المسئلة الثالثة هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكما عند الخالفين من الاولياء المسئلة الرابعة
فيا يعملوننا يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان (المسئلة الاولى) أما وجوب الحكم بها على الجله
فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان ودلاود وأصحابهم وغير ذلك
من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سلم بن عبد الله وأبو قلابه وعمر بن عبد العزيز وابن علية
لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حواصة ومحصة وهو حديث
متفق على صحته من أهل الحديث الأئمة مختلفون في ألفاظه على ما سياتي في بعد وعمدة الفرق النافى
لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها أنها الأصل في الشرع
أن لا يحلف أحد الاعلى ما علم قطعا أو شاهد حسا وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم
وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابه
أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقتل ما تقولون في القسامة فأضرب
القوم وقالوا هؤلاء ان القسامة القود بها حق قد أقادها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابه ونصنى للناس
فقتل يا أمير المؤمنين عندك انصراف العرب ورؤساء الاجناد رأيت لو أن خسين رجلا شهدوا على رجل
أنه زنى بدمشق ولم يروه أ كنت ترجه قال لا قلت أقرأيت لو أن خسين رجلا شهدوا عندك على رجل
انه سرق بمحصر ولم يروه أ كنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فيا يلزم اذا شهدوا انه قتله بأرض
كذا وهم عندك أفت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان أقاموا شاهدى عدل
ان فلا تقاتله فأفده ولا يقتل بشهادة الخسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان الأصول ان الإيمان ليس لها
تأثير في اشاطة السماء ومنها أن من الأصول ان البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن جتهنم
أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا
فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليربهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم
أتحلفون خسين يمينا أعنى لولادة الدم وهم الانصار قالوا كيف تحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود
قالوا كيف نقبل إيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم هي السنة قال وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل ينطرق اليها
فصر فيها بالتأويل الى الأصول أولى وأما الفاتلون بهلوى خاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة
بتفسيها مخصوصة للأصول كسائر السنن المختصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة العلماء وذلك ان القتل
لما كان بكثرة وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتعجرى بالقتل مواضع اختلوات جعلت
هذه السنة حفظا للعلماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر
الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلماذا أجاز مالك شهادة المساوين على السالين مع مخالفة ذلك
للأصول وذلك ان المساوين مدعون على سابهم والله أعلم (المسئلة الثانية) اختلف العلماء
القاتلون بالقسامة فيا يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي

والثورى وجاعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الادفع السعوى على الاصل
 فى ان العيين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويقرم الدية فعلى هذا
 انما يستحق من ادفع القود فقط فيكون فيما يستحق للمقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله
 ما رواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حقة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون
 وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشر وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عليه وسلم تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط
 فهو ان الايمان بوجدها تأثير فى استحقاق الاموال أعنى فى النسخ مثل ما ثبت من الحكم فى الاموال
 باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه وبالنكول وقلها على المدعى عند من يقول
 بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه
 غير مالك وقيل فيه أيضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشر قد اختلف فى اسناده فأرسله ما
 وأسند غيره قال القاضى يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب فى ان لم يخرج البخارى هذين الحدين
 واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها
 الدية وأما الذين قالوا انما يستحق بهادفع السعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى
 عليه والأحاديث التى تذكرها فيما بعد ان شاء الله (المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة
 أعنى الذين قالوا انها يستوجب بهمال أودم فمن يبدأ بالايمان التحسين على ما ورد فى الآثار فقال الشافى
 وأحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ
 المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعى حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حقة
 ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدية بالمدعى عليهم ما أخرجه البخارى عن سعيد بن عبيد
 الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار قال له سهل بن حقة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 تأتون بالينة على من قتله قالوا ما نأينته قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بأيمان يهود وكره رسول
 الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه
 لا يستوجب بالايمان التحسين الادفع السعوى فقط واحتجوا أيضا بما أخرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة
 ابن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال لليهود وبدأ بهم أحلف منكم خمسون رجلا تحسين يمينا فأبوا فقال لا انصارا حلفوا فقالوا أحلف
 على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لأنه وجد يمينهم وهداه
 تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لأنه رواه
 الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم
 باليمين والدية وخرج مثله أيضا من تبديته اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم
 على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب
 قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطى على أصبع الجهنى فتزى فيها
 فمات فقال عمر الذى ادعى عليهم أحلفون بالله خمسين يمينا مامتا منها فأبوا أن يحلفوا وتحجروا

فقال للمدعين اخلقوا فأبرأ قضى عليهم بشرط الدية قالوا وأحاديثنا هذا أولى من التي روى فيها تبدئة المدعين بالإيمان لأن الأصل شاهد أحاديثنا من أن الميمن على المدعى عليه قال أبو عمر والأحاديث المتعارضة في ذلك مشهورة (المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القاتلين بها أجمع جمهور العلماء القاتلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة واختلفوا في الشبهة ما هي فقال الشافعي إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عدواة كما كانت العدواة بين الانصار واليهود وكانت خير دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القاتل من الانصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتيل والى جانبه رجل محتضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يطلب على ظن الحكم ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعني ان القسامة لا تجب إلا بالوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدل لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا إذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المحيية مثل أن يوجد قتيل متشحط بالدم وبقر به انسان يده حديدية منمادة إلا أن مالكاً يرى ان وجود القاتل في المحلة ليس لوثا وإن كانت هناك عدواة بين القوم الذين منهم القاتل وبين أهل المحلة وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثروا وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القاتل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروي عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو من ذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتلها إنما وجد فادعى ولاية الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا قال هم حلقوا على العمد قال قود وان حلقوا على الخطأ قالية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك ورجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القاتلين بالقسامة فجعلوا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالإيمان من رأى ذلك منهم فإن الشبهة عند مالك تنقل الميمن من المدعى عليه إلى المدعى ان سبب تعليق السرعة عنده الميمن بالمدعى عليه إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه شبه ذلك بالمؤمن مع الشاهد في الاموال وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن الميمن على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخروجه مسلم في صحيحه وما احتج به المالكية من قصة بقرة بني اسرائيل فضعيف لأن التصديق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون النسامة الاعلى واحد وبه قال أحمد ابن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث إذا شهدا ثلث عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي

المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيده وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض أثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهها بالحر وبعض نفلها تشبيها بالبهجة وبه قال مالك والبيهة عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين ميمنا عند مالك ولا يحلف عند أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وإن نكل عند أحد من ولادة الدم يطل القود ومعت البية في حق من لم ينكل أعنى حظه منها وقال الزهري إن نكل منهم أحد بطلت البية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به السماع وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على علانهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية وأو ان الاول ان يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجبهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب في أحكام الزنا ﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما ثبت به هذه الفاحشة

﴿ الباب الأول ﴾

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة نكاح الحدود بحاليس شبهة دارته وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها انها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدركه الحد وإن ولدت ألقى الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم بعز وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وجملة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والذين درؤا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فإن حكم مملك الحلية وحكم مالم يملك الحرمة ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ويدركه عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم ومنها ان يحمل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدركه عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه أنت ومالك لأبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا قتاد الوالد ولا جاعهم على أنه لا يقطع فيما مرق من مال ولده ولذلك قالوا قوم عليه حلت أم لم يحمل لانه قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الخجة لهم أيضا اجاعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يخاص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولها ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه في غيرهما زوجته ان كانت طارعة وإن كان استكرهها قومت

عليه وهي حرة وبه قال أحنو اسحق وهو قول ابن مسعود والأول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد انه وطئ دون ذلك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد مائت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها السيدتها وان كانت طابعته فهي له وعليه السيدتها مثلها أو أيضاً فان لم يشبه في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة ثلاثاً وقد كرمها وقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو من مذهب مالك ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن وطئ الستارة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ومنادى الحد ممن امتنع اختلف فيه أيضاً بالجلدة فالأنكحة الفاسدة داخل في هذا الباب وأكثرها عند مالك تقرأ الحد الاما لا تقدم منها على شخص مؤبد التعزير بم القرابة مثل الأم وما أشبه ذلك مما لا يعنرفيه بالجلد

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين يختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون ثيب وباكراً وأحرار وعبيد ذكور وإناث والحدود الإسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فأما الثيب الأحرار المحصنون فان المسلمين أجعوا على أن يحرم الرجم الا فرقة من أهل الأهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار بالجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصوا الكتاب بالسنة أعني قوله تعالى (الزانية والزاني) الآية واختلفوا في موضعين أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا والموضع الثاني في شروط الاحصان (أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق وأحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرمى عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورمى امرأة من جهينة ورمى يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلد واحدا منهم ومن جهة المعنى ان الحد الأصغر ينطوى في الحد الأكبر وذلك ان الحد اثنان موضع الزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني ممن هو قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن عن غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه خرج مسلم وغيره أن عابياً رضي الله عنه جلد شراباً له لعمدانية يوم الخميس ورجعها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجعتها يستقرسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني فاجعل الله لمن سبيل البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالجارية وأما الاحصان فانهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جاز فيها الوطء والوطء المحظور هو عند الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زنى بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات حده عند الرجم ووافق أبو حنيفة ما كان في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعني أن يكون الزاني والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي

مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية
واليهودية اللذين زنيا اذ رفع اليهما امرهما اليهود والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط)
وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحسان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبني على أن
الوطء في نكاح صحيح هو منسوب اليه فهذا هو حكم الثيب وأما الابكار فان المسلمين أجعوا على أن حد
البكر في الزنا جلسماته لقوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا
في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعي لابد من التغريب مع الجلد
لكل زان ذكر اكان أو أنثى حرا كان أو عبدا وقال مالك يغرب الرجل ولا تغريب المرأة وبقال الاوزاعي
ولا تغريب عند مالك على العبد فعمدة من أوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت
المتقدم وفيه البكر بالبكر جلسماته وتغريب عام وكذلك ماخرج أهل الصحيح عن أبي هريرة وزيد بن
خالد الجهني أنهما قالا ان رجلا من الاعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله
الاقتضيت بكأب الله فقال اتخضم وهو أقضه منه نعم أقض بيننا بكأب الله وأئذ لي أن أنكلم فقال له النبي
قل قال ان ابني كان عسيفا على هذا فزني بإمرأته واني أخبرت أن على ابني الرجم فأقتديت بما تشاء ووليدة
فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلسماته وتغريب عام وان على امرأته الرجم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكأب الله أما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى
ابنك جلسماته وتغريب عام واغديا نيس على امرأته هذا فان اعترفت فارجها ففدا عليها أنيس فأعترفت
فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فريجت ومن خصص المرأة من هذا المصوم فأما خصصه بالقياس
لأنه رأى أن المرأة تعرض بالفرية لأكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحة التي
كثيرا ما يقول بمالك وأعمدة الحنفية فظاهر الكتاب هو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ
وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الآحاد وروا عن عمرو وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبي
بكر وعمر انهم غربوا وأما حكم العبد في هذه الفاحشة فان العبد صنفان ذكور وانثى أما الانثى
فان العلماء أجموا على أن الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خسون جلدة لقوله تعالى (فاذا أحسن فان
أنثى بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) واختلفوا اذا لم تزوج فقال جمهور فقهاء
الأصا حدها خسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وبما عليها تغزير فقط وروى ذلك عن عمر بن
الخطاب وقال قوم لاحد على الامة أصلا والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحسان
في قوله تعالى (فاذا أحسن) فمن فهم من الاحسان التزوج وقال بدليل الخطب قال لانجاء الغير المتزوجة
ومن فهم من الاحسان الاسلام جعله عاما في المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا
بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحسن فقال ان
زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يعوها ولو بغيره وأما الذي ذكر من العبد فقهاء الأصا على أن حد
العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة وقال أهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصبرا الى عموم قوله تعالى
(فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخص حرا من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على

الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحسودين والشرائط
الموجبة للحد في واحد أو أحدهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فأما كيفيتها فمن مشهور
للسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للرجوم فقالت طائفة يحفره وروى ذلك عن عليّ
في مراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها حفر لها حفرة
فأدخلت فيها وأسدق الناس بها يومئذ فقال ليس هكذا الرجل أي أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ولكن
صقوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجل برجم برجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من برجم
الامام ثم الناس وما كان بيعة فأول من برجم اليعة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر
للرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للرأفة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث
جابر قال جابر فرجناه بالمصلي فلما أذلقته الحجارة فرّ فأدركاه بالحرّة فرجناه وقدرى مسلم أنه حفره
في اليوم الرابع حفرة وبالجملة للأحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الأحاديث على أن لا يحفر
وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعي بضرب سائر الأعضاء ويتقى
الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي
حنيفة ماعدا القذف على ماسيأتي بعد وبضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلا لما قال أنه يقام
لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى
(وليشهد عداهم طائفة من المؤمنين) واختلفوا في بديل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل
ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها وأما الوقت فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد
ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحق واحتج بحديث عمر أنه أقام الحد
على قدامة وهو مريض وسبب الخلاف معارضة الظواهر للفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يثقل
على ظن المقيم له فوات نفس المحسود فنظر إلى الأمر بإقامة الحد ومطلقا من غير استثناء قال يحد المريض
ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد

باب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنا ثبت بالاقرار أو بالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الجلى في النساء الغير المزوجات
إذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فأما الاقرار فانهم اختلفوا
فيه في موضعين أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع
عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أم بعد الاقرار الذي يجب به الحد فإن مالكا والشافعي يقولان يكفي
في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة
وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد إلا بأقرار أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد واسحق وزاد أبو حنيفة
وأصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ملجاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد عن قوله عليه
الصلاة والسلام اغد يا نيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجعها فاعترفت فرجها ولم يذكروا عدد وعمدة
الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه رد ما عزا حتى أقر
أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الأحاديث قالوا ماورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرة

وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ (وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الابن أبي ليلى وعثمان بنى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع في الافرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزا وغيره مرة بعد مرة قلعه رجع ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التقاضى على الافرار شرطا من شروط الحد وقدرى من طريق ان ما عزا لما رجحه ومستته الجارية هرب فأنبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوا مرجا وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركوه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه ثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم يأتوا بأربعة شهداء) وان من صحتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعينة فرجة في فرجها وأنها تكون بالتصريح بالكأبة وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف في زمان ولا في مكان الا ما حكى عن أبي حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة انهما في ركن من البيت يطؤا غير الركن الذى وآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تلتقى الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلتقى كالشهادة المختلفة بالزمان فانهم أجمعوا على انها لا تلتقى والمكان أشبه متى بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود وأما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الجمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة أوجبته فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك الآن تكون جاءت بلمارة على استكراهها مثل أن تكون بكرا فتأتى وهي تدمى وتفضع نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الأمر اذا ادعت الزوجة الآن تقيم البينة على ذلك ما عدا الطلقة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجة وكانت طارئة قبل قولها وقال أبو حنيفة والشافعى لا يقيم عليها الحد بظهور الجمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجة وان لم تأت في دعوى الاستكراه بلمارة ولا في دعوى الزوجة ببينة لأنها منزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فقل لرجلا أنك في نومك قالوا روى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلا طرّفها فغضى عنها ولم يدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لاحد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو تحلة فن قال عوض عن البضع أوجب في البضع في الحلية والحرمية ومن قال انه تحلة خص الله به الأزواج لم يوجب به وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب والله للوفق للصواب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القنف ﴾

والنظر في هذا الكتاب في القنف والقاذف والمقنوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والأصل

في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فأما القاذف فأنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً أو أنثى حراً أو عبداً مسلماً أو غير مسلم وأما المقنوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجمع فيه خمسة أوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وأن يكون معه آلة الزنا فإن انحرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقنوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطبق الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما أن يرمى القاذف المقنوف بالزنا والثاني أن ينفيه عن نسبة إذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة فقال مالك سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد وقال إبراهيم النخعي لا حد عليه إذا كانت أم المقنوف أمة أو كفاية وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح ويجب الحد واختلفوا إن كان بتعريض فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى لا حد في التعريض إلا أن أباحنيفة والشافعي يريان فيه التمييز وعن قال يقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك وأصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فسأروا عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكتابة قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وإن كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه أعني مقولاً بالاستعارة وعمدة الجمهور إن الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكتابة قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندري به الحد عن القاذف أن يثبت زنا المقنوف بأربعة شهود بإجماع واليهود دعن مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل والسبب في اختلافهم هل يشترط في قتل شهادة كل واحد منهم عدشهود الأصل أم يكفي في ذلك اثنتان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما مالك فالتعريف في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فأنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقتل الحر كمن حده فقال الجمهور من فقهاء الأمصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجاعة من فقهاء الأمصار أبو ثور والوزاعي ودودوا وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فمסקوا في ذلك بالعموم ولم يجمعوا أيضاً إن حد الكافي ثمانون فكان العبد أسرى بذلك وأما التوقيت فأنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد إذا لم يجدوا واحداً منها وأنه إن قذفه حده ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا إذا قذف جماعة فقال طائفة ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف وفرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجاعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي واليه وجاعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال إن قال إنسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحدوا واحد وإن قال لكل واحد منهم يازاني

فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الاحدا واحدا حديثاً نس وغيره ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سماعة فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فحين قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحسبهم انه حق للآدميين وانه لو عا بعضهم ولم يصف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلا يراه رأي انه واجب أن يتعد الحد بتعدد القذف لأنه اذا اجتمع تعدد المقنوف وتعد القذف كان واجب أن يتعد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعي يصح العفو أى يسقط الحد ببلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك مرة قال يقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الآن يريد بذلك المقنوف المستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكلهما فن قال حق لله لم يجز العفو كلنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكلهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل وقياسا على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقنوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الامام يقيمه في القذف واقفوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يثبت واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبدا والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى ما قرب من ذكر وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى ما قرب من ذكر قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الأصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا ثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدین عدلين حرين واختلف في مناه مالک هل يثبت بشاهد وعين وبشهادة النساء وهل تلزم في النعوى فيه عين وان نكل فهل يحسد بالنكول وعين المدعى فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليها فروعه قال القاضي وان أنسا الله في العمر فسضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذا كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في مذهب مالك لأن احصاء جميع الروايات عندى شيء ينقطع العمر دونه

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الجنابة في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجنابة فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكرام قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها واجبا الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا سكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمه والاشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا أن تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن

بلغ حد السكر فيما سوى التمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد وأكثروا على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداد الحد في ذلك أربعون هذا في حد الخمر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاوروا في الصحابة لما كثرت زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فإنه كاقيل عنه رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حدا وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محمود وإن أبابكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدمه ياربوعين وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الجر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حدا زنا وحده القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يعوها ولو بنصفير وقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحكم فليجلدها وأما الشافعي فاعقد مع هذه الاحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال أقفوا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه أيضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل في إقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزاكاة والني موالحكم الى السلطان

﴿فصل﴾ وأما بما اذا ثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه ثبت بالافرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يشبهها اشتباه الرائحة والحد يدبر بالشبهة

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب السرقة﴾

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط السرقة الذي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي

يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما ثبت بهذه الجناية فالسرقه فهي اخف مال النهر مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع الاياض بن معاربه فانه أوجب في الخسلة القطع وذلك مروى عن النبي عليه السلام وأوجب أيضا قوم القطع على من استعز حليا أو متاعا ثم جحد له كان حديث المرأة الخزومية المشهور انها كانت تستعير الخي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعهم للوضع بجودها وبه قال أحد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحد فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى أسامة أهلها فكلموه فكلهم أسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا أسامة لا أراك تسلكم في حدم من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيبا فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فهم الشريف تركوه واذا سرق فهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لتقطعها وردا للجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعارضين وانهم لم يأخذوا بفراغن فضلا ان يأخذ من حوز قالوا وفي الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بأسناده فقال فيه ان المخزومية سرفت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامر بن جميعا للجمهور السرقه وكذلك أجعوا على ان ليس على الغاصب ولا على المكابر الغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهر السلاح على المسلمين مخيفا للسبيل حكمه حكم المحارب على ماسيا في حد المحارب وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقه فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكفرا وسواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى أو مسلما أو ذميا الاماروي في الصدر الاول من اختلاف في قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فن رأى أن الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم يرد ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ولا حاجة لمن لم يرد القطع على العبد الآبق الاتشبيه بسقوط الحد عنه بسقوط شطره أعنى الحدود التي تنشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فن أشهرها اشترائط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروي عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية وبما احتجوا به حدث أبي هريرة خروجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافا كثيرا الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة وهو قولان أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم والثاني قول فقهاء العراق ما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة بماعدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدرهم بالاربعة دراهم اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لا اختلاف الصرف مثل ان يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفا وقال الشافعي الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار وهو الأصل أيضا للدرهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان

وبع دينار وأما مالك فالدناير والدرهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقيل روى بعض
 بعد أدين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في تقويم أهل ذلك البلد فإن كان الغالب الدراهم
 فومت بالدراهم وإن كان الغالب الدناير فومت بالدينار وأظن أن في المذهب من قول أن الربع
 دينار يقوم بالدينار درهم وقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور
 قال أحمد أعي بالتقويم بالدراهم وأما فقهاء العراق فالصواب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم
 لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا يقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد
 قيل في أربعة دراهم وقال عثمان النخعي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر
 أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع في جبن قيمته ثلاثة دراهم وحدث عائشة وأوقفه مالك وأسند البخاري
 ومسلم إلى أبي عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا وأما عمدة فقهاء العراق
 فحدث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة الجنب هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث قالوا وقد حالت
 ابن عمر في قيمة الجنب من الصحابة أكثر ممن رأى القطع في الجنب كابن عباس وغيره وقيل روى محمد
 بن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تطلع يد السارق
 فيما هو من الجنب قال وكان ثمن الجنب على عهد النبي عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك
 محمد بن اسحق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن الجنب على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا وإذا وجد اختلاف في ثمن الجنب وجب أن لا تقطع اليد إلا ييقن
 وهذا الذي قاله هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتقده الشافعي في هذه المسئلة وجعل
 الأصل هو الربع دينار وأما مالك فاعتضد عنه حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو أنه قطع
 في أربعة فومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتز عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم
 في ذلك الوقت اثناعشر درهما (٧) والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال والقطع في عشرة دراهم أدخل
 في باب التجاوز والصفع عن يسر المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل
 عثمان يمكن على مذهب الشافعي وغيره يمكن على مذهب غيره فإن كان الجمع أولى من الترجيح فذهب
 الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور
 وهو إذا سرق الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بأن
 يخرجوا النصاب من الخزانة مثلا أن يكون عدلا أو صندوقا يساوي النصاب فقال مالك يقطعون
 جميعا وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون مأخذه كل واحد منهم
 نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق أي أن هذا القدر من المال المسروق
 هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ومن رأى أن القطع إنما يتعلق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حكمة
 اليد قال لا قطع أبد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع بدو واحدة واختلفوا متى قدر المسروق فقال مالك
 يوم السرقه وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع هو أما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز
 وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب

القطع وإن كان قد اختلفوا فيها هو حرز مالم يسبح حرز والاشبه أن يقال في حد الحرز أنه ما شأنه أن يحفظ به الاموال كي يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالاحراج من الحرز على ما سنده كره بعد وعن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حرسة جبل فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ عن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى (والسارق والساقة فاقطعوا أيديهما) الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها إلا ما خصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصت السنة الثابتة المقدر الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين أجوبه فأنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الأوعية ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير من اشتراط الحرز قطع يده إذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف وعبد الله لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في الفبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجاعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثوري وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فرباط الدواب عنده أحرز وكذلك الأوعية وما على الإنسان من اللباس فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده وإذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلبي أو غيره الآن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المنهب أنه إن سرق منه ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيها هو حرز ومالم يسبح حرز واتفق الغائلون بالحرز على أن كل من سعى مخربا للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المنهب إذا كان سارقا كان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى الثقب في البيت فتناول الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للثقب من الثقب والخلاف في هذا كله آيل إلى إطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولا فإطلاقه فهذا القول في الحرز واشترائه في وجوب القطع ومن رمى للمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعزمه وقيل أن يخرج وقال ابن العاصم يقطع

فصل وأما جنس المسروق فإن العلماء اختلفوا على أن كل ممتلك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة للمأكولة والأشياء التي أصلها مباحة فأنهم اختلفوا

في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل مقول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصبي والخطب والخشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط التصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الربط قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثير وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدة أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للشارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة ندرأ الخدم عا ليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقصره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو أن لكل أحد فيه حقا اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فحين سرق صغيرا مملوكا أعجميا عن لا يقطع ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع وأما ان كان كبيرا يقطعه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية ندرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة ندرأ من ذلك مما لا يدركها العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأنتم سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب ان يدركه الحد ان يكون في الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة واشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرك الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا تخاف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفر دبيت فيه متاعه فالتقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المالك وقروى عنه مثل قول مالك واختره المزني ومنها القرايات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لا عليك ويقطع ما سواهم من القرايات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور يقطع بكل من سرق الا ما خصه الاجماع ومنها اختلافهم فحين سرق من الغنم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة

﴿ القول في الواجب ﴾

وأما الواجب في هذه الجنابة اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جنابة والغرم اذ لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجاعة وقال قوم ليس عليه غرم اذ لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وعن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجاعة وقرى مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه

ابن القاسم فعمدة من جمع بين الأمرين انه اجتمع في السرقة حقان حق الله وحق لا دمي فاقضى كل حق موجه وأيضا فانهم لما اجعوا على أخذ منه اذا وجد بعينه لم اذلم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يقرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضطرب عند أهل الحديث قال أبو عمر لا نعتمد مقطوع قال وقصوه بعضهم وخوجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتمع حقين في حق واحد يخالف للأصول ويقولون ان القطع هو بدل من الثرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ثم قطع فيه ثم سرق ثانيا انه لا يقطع فيه وأما تفرقة مالك فاستحان على غير قياس وأما القطع فالنظر في عمله وفيمن سرق وقصد عمل أماعل القطع فهو اليمين بانهاق من الكوع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فما اذا سرق من قطع يده اليمين في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق قطع رجله اليسرى بعد اليمين وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين قطع اليد اليسرى بعد اليمين ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمين هل يقطع القطع ان سرق ثلاثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقطع القطع في الرجل وأما عليه في الثلاثة الثرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثلاثة قطع يده اليسرى ثم ان سرق أربعة قطع رجله اليمين وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر أعني قول مالك وأبي حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وليد ذكر الاربعة الا في الحار بين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمين ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله بن جابر ثم أخذه الخامسة فقتله لأنه منكر عند أهل الحديث ويرد قوله عليه الصلاة والسلام من فواحش وفيهن عقوبة وليد ذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب عمل القطع من غير سرقة بان كانت اليد شلاء فقيل في المنع بقتل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل التي في أصل السارق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل التي في وسط القدم وانفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقت عليها الحد وقوله لصقوان هلا كان ذلك قبل أن تأتيه به واختلفوا في السارق يسرق فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهب صاحب السرقة ما سرقه أو يهبه بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لأنه قد يرفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجره لك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد

وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أردها يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتي بي به

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت بأقرار الحار وأختافوا في أقرار العبد فقال جمهور فقهاء الأمصار إقراره على نفسه موجب لحده وليس بوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده أكونه مالا لولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وإن رجع عن الأقرار إلى شبهة قبل رجوعه وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وإنما هو لا تفرع المذهب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله عليه وعلى سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحاربة ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في نفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستافوا الأبل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطع أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقوموا عليهم) وليس عدم القطر عليهم مشترط في توبة الكفار فحق انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب أحدها النظر في الحاربة والثاني النظر في المحارب والثالث فيما يجب على المحارب والرابع في مستط الواجب عنه وهي التوبة والخامس بماذا تثبت هذه الجناية

﴿ الباب الأول ﴾

فأما الحاربة فاتفقوا على أنها إظهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن دأب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وإن كان لم يشترط العدد وإنما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولأنك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة انما تأتي بالبعيد من العمران وكذلك يقول الشافعي أنه إذا ضحك السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في المصر

﴿ الباب الثاني ﴾

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محموقا قبل الحاربة وهو المسلم والذمي

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على أنه يجب عليه حق الله وحق لآدميين واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصاب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من خلاف والنبي على مانص الله تعالى في آية الحاربة واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخخير أو مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك إن قتل

فلا بد من قتله وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه وأما أن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف وأما إذا أخاف السبل فقط فالإمام عنده مخير في قتلها أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام فإن كان المحارب بمن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتلها أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأسير ذلك فيه وهو الضرب والنفي وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنایات المعلوم من التصرع ترتيباً عليه فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ولا يقطع إلا من أخذ المال ولا ينفي إلا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنایاتهم ومالك حل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعاً وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهو لا بد منه من قال يقتل أو لا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حياً ثم يقتل في الحبسة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل أولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الحبسة فقال بعضهم لا يصلب عليه تكسيلاًه وقيل يقف خلف الحبسة ويصلب عليه وقال سحنون إذا قتل في الحبسة أزيل منها وصلى عليه وهل يعاد إلى الحبسة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الحبسة أكثر من ثلاثاً أيام وأما قوله أو يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فمناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلفوا إذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضاً في قوله أو ينفوا من الأرض فقيل إن النفي هو السجن وقيل إن النفي هو أن ينفي من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الإمام لأقامة الحد عليهم فأما أن ينفي بعد أن يقصر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن أن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقيل عـ هذا ينفي ويسجن دائماً وكلهما عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من أرض الاسلام إلى أرض الحرب والذي يظهر أن النفي هو تفريرهم عن وطنهم لقوله تعالى (ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم) الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً

❦ الباب الرابع ❦

لا بالعادة ولا بالررف

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى (الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع أحدها هل تقبل توبته والثاني إن قبلت لمصافة المحارب الذي تقبل توبته فإن لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل في المحاربين وأما صفة

نفسه تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال أحدها ان توبته تكون بوجهين إما أن يترك ما هو عليه وان لم يأت الامام والثاني ان يلبي سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو منذهب بن القاسم والقول الثاني ان توبته انما تكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لغيره ان توبته الى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون باليحيى الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكاهما الاحكام ابن أخذ نبل أن يأتى الامام ونحصيل ذلك هو ان توبته قبل انما تكون بان يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالأسرى جميعا وأما صفة المحارب الذى يقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال أحدها ان يلحق بدار الحرب والثاني ان يكون له فشة والثالث كيفما كان كانت له فشة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقبل له الامان ويسقط عنه حد الخرابه وقيل لا أمان له لأنه انما يؤمن المشرك وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال أحدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الخرابه فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الأديين وهو قول مالك والقول الثاني ان التوبة تسقط عنه حد الخرابه وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والسماء الا أن يعفو أولياء المقتول والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالسماء وفي الاموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الأديين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده

باب الخامس

وأما بما إذا ثبت هذا الحد فبالاقرار والشهادة ومالك يقبل شهادة المساويين على الذين سلبوهم وقال الشافعي يجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا أنفسهم ولا رفقتهم مالا أخنوه وثبت عند مالك الخرابه بشهادة السماع

(فصل في حكم المحاربين على التأويل) وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذى لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والاقتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بلالكا واختلف قول مالك في التكفير بلالكا ومعنى التكفير بلالكا انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا غفر لهم حكمهم اذا تابوا ان لا يقيم عليهم حد الخرابه ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا أن يوجد بيده فريد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل قصاصا بمن قتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر فثمة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكتوب لا التأويل

باب في حكم المرتد

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فأتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعتدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وإن راجعت الاسلام وأما الاستتابة فإن مالك كاشط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحربة ولا يستتاب كانت حرايته بدار الاسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب الآن يسلم وأما اذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرايته في دار الحرب فهو عند مالك كالحر في يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما إن كانت حرايته في دار الاسلام فإنه يسقط اسلامه عنه حكم الحاربة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى في دينه في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والأصل أن لا يقتل الا مع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة ما يقضى به والثالث في معرفة ما يقضى فيه والرابع في معرفة من يقضى عليه أولا والخامس في كيفية القضاء والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب فحين يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فأما الصفات المشترطة في الحواجز فإن يكون حواسمها بالغا ذكرا أو اقل عدلا وقد قيل في المذهب أن الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختافوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكي عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العاقل العاضى وهو طاهر ما حكمه جدى رجة الله عليه في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنعسان حرمها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال إن الأصل هو أن كل من تأنى منه الفصل بين الناس فحكمه جائزا لا مخصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في منعه مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في اسفرار ولايته وليست شرطان في جواز ولايته وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذاولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستقرار وليست شرطا في الجواز فهذا اذاولى القضاء عزل وقد ما حكم به الآن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه

الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعي يميز أن يكون في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهاً الجواز والمنع قال وإذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقرعا عنده وأما مسائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الأمي هل يجوز أن يكون قاضيا أو لا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعا لأنه يحصل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف أصرف فيه واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضىه المنداعيان ممن أسس بوال على الأحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز وقال أبو حنيفة يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما بما يحكم فاقضوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حلالاً أو حراماً وانه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى وانه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن له وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عن من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحمله للحكوم له به وإن لم يكن في نفسه حلالاً وذلك أنهم اجعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتريه لا يحمل حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك في الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي فاعلم بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما سمع منه فمن قضيته بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً قائماً أقطع له قطعة من النار واختافوا في حل عصاة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم أنه حق وليس بحق إذ لا يحمل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحمل ذلك أم لا فقال الجمهور الأموال والفروج في ذلك سواء لا يحمل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك مثل أن يشهد شاهد زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا يحمل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه يحمل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهه الخنفة أن الحكم باللعان ثابت بالشرع وقدم على أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فإن كان هو الكاذب فلم يحرم عليه إلا بحكم الحاكم وكذلك إن كانت هي الكاذبة لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء والجمهور إن الفرقة ههنا إنما وقعت عقوبة للعالم بأن أحدهما كاذب

﴿ الباب الثالث فيما يكون به القضاء ﴾

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالإقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة

﴿ الفصل الأول في الشهادة ﴾

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجلبة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية وفي التهمة وهذه مناهات في عليها ومنها تختلف فيها

أما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (من ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا في أهلية العدالة فقل الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحياً بمحبتنا للحرمان والمكرهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وأن لا تعلم منه جرعة وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق قبل شهادته إذا عرفت توبته الامن كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن تاب والجمهور يقولون قبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تعجلوا حكم شهادة أبداً) وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك) إلى أقرب مذكور إليه أو على الجلة الاما خصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فأنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولنا ليس في الحقيقة شهادة عند مالك وإنما هي قربته حال ولذلك اشترط فيها أن لا يفرقوا ثلاثاً يجنبوا واختلاف أصحاب مالك هل يجوز إذا كان بينهم كبيراً أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشتركة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل يجوز في القتل الواقع بينهم ولا عدة لمالك في هذا إلا أنه مروي عن ابن الزبير قال الشافعي فإذا احتج محتج بهذا قيل له إن ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال يقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وأجاز مالك ذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة * وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا يجوز شهادة الكافر إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا أن الآية منسوخة وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر يجوز شهادة العبد لأن الأصل انما هو اشتراط العدالة والعبد يقبل لها تأثير في الرد إلا أن ثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثراً من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة * وأما التهمة التي سبها الخبيثة فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو بالبغضة التي سبها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الأمصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على أعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لآبائه وكذلك الام لابنها وابنها وما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فإن مالكا ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقال ابن أبي ليلى قبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادته وبه قال النخعي وعما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه مالم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ومالم يكن منقطعاً إلى أخيه ينال به وصلته مانعاً الاوزاعي فإنه

قال لا يجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العترة على عترة فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالثمة ما روى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوي على حضري لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر فهذه هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع الثمة وقبأ جمع الجمهور على تأخيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول وعلى تورث الميتة في المرض وإن كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فأنهم قالوا تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواه إذا كان الأب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولوعلى أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالثمة يقتضي أجزاء المأمور به إلا ما خصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجللة إنما هو لموضع اتهام الكذب وهذه الثمة إنما اعقلها التسرع في الفاسق ومنع أعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع الثمة وأما النظر في الصدق والجنس فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكورين ما خلا الحسن البصري فإنه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير عين المدعى إلا ابن أبي ليلى فإنه قال لا بد من عينة واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالتى عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لامر رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل إذا كان معها رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الأموال وقبأ الحدود من أحكام الإبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الإبدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق بالإللال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه إلا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الإبدان التي يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعبوب النساء ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع فإن أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال لأنه عنده من حقوق الإبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منه فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل وإن لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان إغرة عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنية وقال قوم لا يكفي في ذلك بأقل من ثلاث وهو قول لمعني له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة في ما بين السرة والركبة وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فأنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد أرصعتم كما

وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه

❦ الفصل الثاني ❦

وأما الايمان فانهم اتفقوا على أنها تجل بها الدعوى عن المدعى عليه اذ لم تكن للمدعى بيعة واختلقوا هل ثبت بها حق للمدعى فقال مالك ثبت بها حق للمدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضوع الذي يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدعى أم انما يخص المدعى بالبيعة والمدعى عليه باليمين لأن المدعى في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدعى ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا تثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما يخص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا انفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلق في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الأصل ما ذكرنا الا ما خصه الاتفاق وكلهم يجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لاز يدعيها ويريد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف أنه يحلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والأخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف قبله بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والتصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان وسبب الخلاف هل التغلظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال انه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثما نبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضوع المخطأ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضوع قالوا وكذا أن التغليظ الوارد في اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال القريني الآثر

لا يفهم من التغليب باليمين وجوب الحكم باليمين وإذا لم يفهم من تغليب اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليب اليمين بل كان وجوب اليمين بل كان وأيس فيه إجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتعلق بل كان عندما كان في القسامة واللعان وكذلك بل زمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ملجاء في التغليب فجاء حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فأنهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المديونيون وجاعة بقضي باليمين مع الشاهد في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجهوا أهل العراق لا يرضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الساج أما العاتلون به فأنهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وسائر ما ثبت بن ثابت وحديث جابر الآن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرج مسلم ولم يخرج البخاري وأما مالك فأنما أعقد مسلم في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لأن العمل عنده بالراسل واجب وأما الساج فأنما خلفها فقوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضي الحصر فإن زيادة لا تغير حكم الزيد وأما من السنة فما خرج البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت إذا لم يحلف ولا يميني فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقطع به أماله امرئ مسلم هو فيها فاجر إلى الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوي في أقسام الحجعة للمدعي والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتيقنين شبهة وقد فويت هنا حجة المدعي بالشاهد كما قوت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرائتين فقال مالك يجوز لأن المرائتين فأنما أقمت مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لأنه أنما أقمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ثبوت الحق على المدعي عليه بنكوله فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي والفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين إذا نكل المدعي عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول الآن يخلف المدعي أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجهوا الكوفيين يقضي للمدعي على المدعي عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عندما لا يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد يمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى لا يرد في غير التهمة ولا أودها في التهمة وعندما لا يكون في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده أنما تثبت بشيئين أما يمين وشاهد

واما بشكول وشاهد واما بشكول وبين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشكول وكول ومعدة من قضى بالشكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لا بطلانها وجب ان نكل عن اليمين أن يحثي عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على أنها دالة للمدعى عليه فهذا أصول الحجج التي يقضى بها القاضى وبما اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضى القاضى بوصول كاتب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعنى اذا شهد القاضى الذى ثبتت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب في الكتاب الذى أرسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كاتبه وأنه أشهدهم بشبوتيه وقد قيل انه يكتب في بخط القاضى وأنه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة لم يقرأ عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاه هل يقضى به في القطعة دون شهادة أم لا بدنى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول وبما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء أجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه في التعديل والتجريح وأنه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فإنه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لا اقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذ لم يكن في ذلك خلاف واختلفوا اذا كانت في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذ لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهناك سماع من كاتب أو سنة تخالف القياس وهو الاعدل الآن يكون القياس تشهله الأصول والكتاب محقق والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب الى أبي حنيفة بإتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون غيره أو اقرار أولا يقضى الا بالنبيل والافرار فقال مالك وأكثر ما يحبه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وأبو ثور وجاعة للقاضى أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سابق من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعقد في قوله السماع والنظر أما مودة الطائفة التى منسب من ذلك فتها حديث ميمر عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث بأباجهم على صدقة فلاحاه رجل في فریضة فوقع بينهما شجاج فأثو النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه فأعظمهم الأرض ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس وعبرهم انكم قد رضيتم أراضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال أراضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعظمهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال أراضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وأما من جهة المعنى فلهذه اللاحقة في ذلك للقاضى وقد أجمعوا ان التهمة نأثيرا في الشرع منها أنه لا يرت القتال عند الجمهور من قتله ومنه ارضهم شهادة الأب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما مودة من أجاز ذلك امامن طريق السماع فحدث عائشة في قصة

هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال طاعليه الصلاة والسلام وقد شكت
 أبي سفيان خذى ما يكفيك ووليك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى
 فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظهر في حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصص
 أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى في غير ذلك وخصص
 أيضاً أبو حنيفة العلم الذي يقضى به فقال يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضى بعلمه قبل القضاء
 وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني غزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضى بعلمه
 في المجلس أعني بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو أجزى على
 الأصول لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل (٧) وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن
 الواقع بصدق الشاهدين

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

وأما الاقرار إذا كان بيننا فلا خلاف في وجوب الحكم به وأما النظر فمن يجوز اقراره ممن لا يجوز
 وإذا كان الاقرار محرماً وقع الخلاف أمان من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عند الاقرارات
 المرجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة عام في المال وأما المسائل التي
 اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وأنت إن أحسيت أن تعقب عليه فمن كتاب الفروع

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولن يقضى فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس بهم عليه واختلفوا في قضائه
 لمن بهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون
 بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر
 واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فإن مالك والشافعي قالوا يقضى
 على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلاً وبه قال ابن الماجشون وقد قيل
 عن مالك لا يقضى في الرابع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديثاً عند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن
 غائباً عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام قائماً يقضى له بحسب ما سمع ومارواه
 أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لما حين أرسله إلى اليمن لا تقض لأحد الخصمين
 حتى نسمع من الآخر وأما الحكم على الذي فإن في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم إذا توافوا
 إليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني أنه يخبر به قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث
 أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكوا إليه فعمدة من اشترط بحيثم الحاكم قوله تعالى
 (فإن جازك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم) وبهذا تمسك من رأى التخيير ومن أوجبه اعتقد قوله تعالى
 (وإن أحكم بينهم) ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافوا
 فإنه احتج باجماعهم على أن الذي إذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضي فانهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس ولا يسمع

(٧) هكذا الأصول ولينظر ما معناه اهـ مصححه

من أحد مهادون الآخر وإن يبدأ بالمدي فيسأل البيعة أن أنكر المدي عليه وإن لم يكن له بيعة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدي عليه باتفاق وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب إلا مع شاهد وإذا كان في المال فهل يحلفه المدي عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى ثبت للمدي الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تزم للمدي عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البيعة على للمدي واليمين على المدي عليه وقال مالك لا تجب اليمين إلا بالخلطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق للناس بالدعوى إلى تمنييت بعضهم بعضا وإذابة بعضهم بعضا ومن هنالك رماك أحلاف المراءاة وجهها إذا ادعت عليه الطلاق الآن يكون معها شاهد وكذلك أحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء أو في التهمة أو في شيء بعينه فإن كانت في التهمة فادعى المدي عليه البراءة من تلك الدعوى وإن له بيعة سمعت منه يتيقن باتفاق وكذلك إن كان اختلاف في عقود وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فإنهم اختلفوا هل تسمع بيعة المدي عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع بيعة المدي عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدي بيعة المدي عليه أنه مال له ومالك فعند من قال لا تسمع أن الشرع قد جعل البيعة في حيز المدي واليمين في حيز المدي عليه فوجب أن لا ينقلب الأمر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب اختلاف هل تقيد بيعة المدي عليه بمعنى زائد أعني كون الشيء للمدي فيموجود أيده أم ليست تقيده ذلك فمن قال لا تقيده بمعنى زائد قال لا معنى لها ومن قال تقيدها اعتبرها فإذا قلنا باعتبار بيعة المدي عليه فوقع التعارض بين البيعتين ولم تثبت أحدهما أمر الزائد مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك فالحكم عندهما أن قضى بأعدل البيعتين ولا يعتبر إلا أكثر وقال أبو حنيفة بيعة المدي أولى على أصله ولا ترجع عنده بالعدالة كما لا ترجع عند مالك بالعدد وقال الأوزاعي ترجع بالعدد وإذا تساوت في العدالة فذلك عندهما كإلا بيعة يحلف المدي عليه فإن نكل حلف المدي ووجب الحق لأن يد المدي عليه شاهد له ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين أعني اليمين وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدي فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه وأما إذا كان مالا في التهمة فانه يكلف للمقر غريمه فإن ادعى العلم حبسه القاضي عندهما حتى يثبت علمه ما بطل السجن أو بالبيعة أن كان متهما فإذا لاح عسر مولى سبيله لقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) وقال قوم يؤاخره وبه قال أحمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكي عن أبي حنيفة أن لفرأته أن يدور واميعة حيث دار ولا خلاف أن البيعة إذا جرحها المدي عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجرع قبل الحكم وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عندهما مالك وقال الشافعي ينتقض وأما إن رجعت البيعة عن الشهادة فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وإن كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك أن الشهادتين يضمنون ما تلقوا بشهادتهم فإن كان مالا يضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الآية وإن أقرروا أقيم منهم على قول أشهب ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم

وأما متى قضى فنهما يرجع الى حال القاضى فى نفسه ومنهما يرجع الى وقت انقضاء الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى الوقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عيناً فامتنى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لنفوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشاً أو وجاعاً أو خافاً أو غير ذلك من العوارض التى تنوق عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الاحوال بالصواب فانفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والاعتذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعى أو بدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقت له مثل الاحباس والعقوبات ولا يسمع فى غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التجيز قيل لا يسمع منهما جميعاً وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالجيز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعتذار والزم الرد الذى استحق الشئ من يده ان يخاصم فله ان يرجع عنه على البائع وان كان يحتاج الى رجوعه به على البائع ان يوافقه عليه فيثبت شراؤه منه ان أنكره أو يعترف له به ان أقر فلا يستحق من يده ان يأخذ السئ من المستحق ويترك قبضته بيد المستحق وقال الشافى بشره يمنه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب فى أثناء الحكم من ضمانه اختل فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبى أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الاحكام وجب ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الاحكام وهذا أكثره هو داخل فى التندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتسميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن ففكرنا ان نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فنهما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنهما يرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنهما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى أجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال التى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويتها وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضاً فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضاً أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى التهى

عن المنكر والأمر بالمعروف وهي المحبة والبغضة أى الدينية التى تكون امامن قبل الاخلال بهذه السنن وامامن قبل سوء المعتقد فى الشريعة وأكثرمأيد كرفقههافى الجوامع من كتبهم ماشذعن الأجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل ككل كالأفضية وبكمالها ككل جميع الديوان والحكمة كثيرا على ذلك كما هو أهله

يقول راجى غفران المساوى رئيس لجنة التصحيح بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر
محمد الزهرى الغمراوى

نحمدك اللهم على ما مننت من تيسير فهم شريعتك وفتح أبواب فضلك لمن اختصته بمنحك من خليقتك ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك للنزل عليه كريم كلامك والموهوب منك أنوار هدايتك وتبيان آياتك وعلى آله المطهرين من دنس النفوس ومساوى الأخلاق وأصحابه أولى الفضائل التى عمت الآفاق (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد وهو الكتاب الذى حاز فضلات السبق فى توجيه أفهام المجتهدين من الأمة الإسلامية وبيان مستنداتهم من كلام الله وسنة رسوله محمد خير البرية بطريقة بعثت عن التعصب والمحاباة واعتصمت بالحق وبالأدلة التى تزيل الاشتباه فكان كالحا كيات بين تلك الانظار الكريمة وكالمراجيع صعد بقاربه الى سماء هاتيك الأفهام ومشاركها فيما تعزبه القيمة فله من اسمها كبر نصيب ومن المحاسن كل لطيف غريب عز مغزاه فعمظت فوائده وصفت مياه محاسنه فطلعت مصادره وموارده فهو لنصوص الشريعة البحر ولكن أحجاره الجواهر والدرر والمحاسن سماء ولكن زينت بالآيات والأحاديث القرر وكيفلا وهو من نسيج الامام الكبير والعلم الشهير فيلسوف الاسلام وفقه الحكماء الكرام من جمع بين الشريعة وعلوم الاوائل وحاز القدر المعلى فى دقة الانظار وتهذيب الدلائل العلامة الحافظ محمد بن أحمد الشهير بحفيد ابن رشد رحمه الله وأتابه رضاه ولم يزل غت شمس هذا الكتاب فى الآفاق وتحلت من النظائر بمشاهدة سطوره الآماق ارتاحت اليه قلوب الفضلاء ورغبت فى استطلاع أنواره وأرواح العلماء خفن شرع فى استعادة طبعه استحضرته (شركة دار الكتب العربية الكبرى) مجلة نسخ لتصحيحه وحسن تنقيحه وحراسها على العناية بدقة تصحيح الكتاب كما هو دأبها فى بذل اللمة فى تصحيح كتبها وحسن وضعها المستطاب استحضرت بعد الشروع فى الطبع بسبعة ملازم نسخة المفضل الكامل صاحب العزة أحمد بك تيمور حفظه الله حاز الكتاب من الدقة فى التصحيح ما معدمرآه وتستلذه نفس الفاضل اذا تمتع النظر

برؤياه وكان تمام طبعه فى صفر الخير سنة ١٣٣٥ هجرية بمطبعة

دار الكتب العربية الكبرى بمصر التى حازت من الدقة

والعناية ما يفوق الحصر وصلى الله على

سيدنا محمداً وفضل الصلاة

وأتم التحية

آمين



بزرعده تمام طبعه الأول قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الحكمة

فأجينا اثباتها في هذا المكان حرصا على محاسنها ونشرا لعل مكناتها وهي

إلى الحكيم الراقدين جدته الهاني بمضجته تحفه مسحت من النور الإلهي وعليه حارس من المهابة وسية
من الاجلال * أهدي غايات من الدعوات واسقطرله وإبلا من صيب الرحمت لله أنت أيها الروي
اختلدة العائدة إلى محلها الأرفع فقد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع العمر على خاب
لبد صل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضا قاحلة فأنبئت الكا
والعنب وأصاب منها الكثير * أفت فينا ما شاء الله أن تقوى وخلقت لك أنارا جعلت لك مقعد صدق
في كل نفس ثم عدت سيرتك الأولى * بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويله
ومسراك أي تجو حواك وأي آمال وسعتك وأي جسم تحمل ماثرومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت في مرادها الأجسام

بيننا زك بين يدي فينا غورس وأرسلو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاريقها وأعلتكَ دره
واسهلتك خبرها فلا يظن أنك تعلمين غيرها إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهل
لك خرونها ووردت مهلا عنبا زاحرا عابيه وسائغا شرابه وهذا كتابك قد خالط أخزاء النفس وهش
إليه الحس فهو الحق الآن أنه حكم قد ضمن البر الآن أنه كلم

أنزله في رياض العلم نفسى * وأغسل في مسارحها وأمسى
أمتع ناظري فيها حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندى * ومن خد الظباء خلود طرس
وقدرت الرياض فشمتم روضا * به قد غبت عن نفسى وحسى
كأن خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسى
كأن حاكمه فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
ومزق من غلام الشك ثوبا * كما طرد السجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفة

